



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

A Liberação do Fiador

TESE DE MESTRADO

Área de Especialização:

CIÊNCIAS JURÍDICAS

Mestranda: Ana Iumei Ferreira Rodrigues Gomes

Orientador: Prof. Doutor Manuel Januário da Costa Gomes

Ano: 2018

“Meu filho, se ficaste por fiador do teu próximo, se estendeste a mão a um estranho, se te ligaste com as palavras dos teus lábios e ficaste preso pela tua própria linguagem, procede assim, meu filho, livra-te a ti mesmo, pois caíste nas mãos do teu próximo; vai apressa-te a impertunar o teu próximo. Não concedas sono aos teus olhos, nem repouso às tuas pálpebras. Salva-te como a gazela das mãos do caçador e como o pássaro do laço do passarinho”.

Velho Testamento - Provérbio, 6:1-5

RESUMO

O presente estudo científico debruça-se sobre as formas de liberação do fiador. Sob esta matriz, procuramos retractar o tema sustentados nas malhas da legislação passada, mas também associados a actual ciência normativa, sem deixar de lado a experiência jurídica de diversas legislações estrangeiras, assim como as polémicas abertas na doutrina, coerentemente encarada no seu conjunto como condição necessária para problematizar o debate, suscitando ideias resultantes de sucessivos raciocínios controvertidos, sobre os quais também se armaram conceitos e variadas posições, em virtude da relevância que esta matéria resgata no âmbito das relações creditícias. Por sua vez, são abordados ainda alguns tópicos adjacentes a este tema que finalizam o entendimento sobre a matéria. Com efeito, as linhas de projecção do nosso estudo estão alinhadas no sentido de tentar responder às indagações do quotidiano, de modo a contornar as diversas situações que ocorrem na vida real, mas igualmente sem deixar de pensar na pretensa possibilidade de estabelecer caminhos ou rumos a tomar no futuro.

Palavras-chave: Garantia - fiança – fiador – confiança – credor – devedor - liberação.

ABSTRACT

This scientific study addresses the ways of discharge of the guarantor. In order to do so, we aim to provide an overview of this subject considering past and current legislation, without living aside the legal experience of foreign laws and the academic controversies in a coherent and integrated fashion, pre-requisite to trigger debate. We raise ideas brought by consecutive controversial reasoning, upon which concepts and various views were established, due to the relevance of this matter to the field of credit relationships. In addition, some matters related with the subject in hand are covered with the view to conclude the understanding about this matter. Indeed, the span of this study is to answer to every day questions, so as to bypass various situations that occur in real life, without forgetting the possibility to establish paths or courses to follow in the future.

Keywords: Security - guarantee – guarantor – trust– creditor – debtor - discharge.

ABREVIATURAS

Ac. (Acs.)	Ac. (Acs.)
Al. (al.)	Alínea (Alínea)
Art.º (art. º)	Artigo (artigo)
Arts. (arts.)	Artigos (artigos)
AUOG	Acto Uniforme Relativo à Organização das Garantias
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cap. (cap.)	Capítulo (capítulo)
CassF	Cassation (França)
CassI	Cassazione (Itália)
CC	Código Civil Português (1966)
CCanot.	Código Civil Anotado
CCB	Código Civil Brasileiro
CCE	Código Civil Espanhol
CCG	Cláusulas Contratuais Gerais
CCom	Código Comercial Português
CCS	Código Civil Suíço
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ	Colectânea de Jurisprudência
Code (code)	Code (code) civil (França)
Codice (codice)	Codice (codice) civile (Itália)
CPC	Código do Processo Civil (Portugal)
CS	Código de Seabra
ed.	edição
Ed.	Editora

FDL	Faculdade de Direito de Lisboa
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LUC	Lei Uniforme Relativa ao Cheque
LULL	Lei Uniforme Letras e Livranças
n. (nn.)	nota (notas)
N.º (n.º)	Número (número)
ob. cit.	obra citada
OHADA	Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África
p. (pp.)	página (páginas)
RC	Relação de Coimbra
reimp.	reimpressão
RG	Relação de Guimarães
rev.	revista
RL	Relação de Lisboa
RP	Relação do Porto
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RP	Relação do Porto
s. (ss.)	seguinte (seguintes)
s/d	sem data
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vol. (vol.)	Volume (volume)

OBS: A indicação de artigos sem outra referência deve entender-se que se trata de um artigo do Código Civil Português de 1966.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

1.1. Caracterização Geral

I - O instituto da fiança, pontificado como o de maior brilho no universo das garantias pessoais, desempenha crucial papel no mercado das relações creditícias, enquanto instrumento destinado a assegurar a satisfação do direito de crédito contraído por terceiro, sendo designado na técnica jurídica como o vínculo qual o garante fica pessoalmente obrigado perante o credor por força dessa qualidade.

Do ponto de vista prático, muitas são as vezes que somos surpreendidos com a pergunta colocada por um ou outro familiar, amigo ou colega de trabalho: “*Podes ser meu fiador?*”¹. Por certo, com o intuito de ajudar, inúmeras pessoas assumem este fardo sem conhecer a fundo tão sensível instituto que pode, em determinadas circunstâncias, levar a situações inesperadas de cumprimento das obrigações contraídas pelo sujeito afiançado.

II - Mas isso não supõe, por força deste comentário, ser nossa intenção com este trabalho provocar qualquer antipatia ou aversão a tão elaborada figura como é a fiança, atento os possíveis efeitos prejudiciais que pode causar no património do fiador. Muito pelo contrário; ainda que, sejamos claros, estes aspectos têm enorme peso no plano das nossas considerações. Mas também cabe anotar, em jeito de antecipação, que dentro destas preocupações o legislador se ocupou de prevenir e proteger o garante contra os riscos que podem suscitar o emprego desta garantia. Todavia, embora assim aconteça, não é demais retomar a observação que fizemos logo no início, já que a realidade pode conduzir-nos a situações na qual se apresenta difícil recusar tal solicitação, em parte pela afinidade ou trato íntimo que se mostra possível existir entre um e outro sujeito. Na verdade, não deixam de ser formas compatíveis de sociabilidade. Talvez, por isso mesmo, se julgue necessário elucidar o garante sobre os meandros da figura fiança e as formas de salvaguarda do seu património, impondo-se uma penetração acurada no equacionamento deste específico vínculo.

¹ Como diz um velho ditado popular: “Fianças e avais, nem aos filhos nem aos pais”. Há quem diga que depois da política e da religião é um dos assuntos de mais difícil discussão, pois ninguém está isento contra um acidente capaz de gerar um incidente de pagamento, por isso, aconselha-se prudência, possivelmente porque há mais em risco do que em êxito.

III - Ao lidar com esta realidade, logo em razão do exposto como ponto de partida, justamente com o objectivo de tonar mais precisa a identificação do problema, parece-nos manifesto assinalar, no exame da questão, o que se vem registando em território nacional, aonde não se ignora a oportuna intervenção do Gabinete de Apoio ao Sobre-Endividado “GAS”, criado pela Associação de Defesa do Consumidor “DECO”, quando declarou, no ano de 2011, que o número de fiadores em Portugal aumenta a cada dia que passa, sendo naquela altura a terceira causa de sobreendividamento. No mesmo passo, ressalta ainda aquela instituição um facto distintivo que constitui um substancial agravante, quando refere que a maior parte dos fiadores são pessoas com idade superior a 60 anos, em situação de reforma, que em jeito de solidariedade com os seus familiares mais próximos assumem a qualidade de garantes para cumprimento das obrigações dos afiançados e, através disso, acabam tais fiadores também em situação de sobreendividamento, como directa consequência.

Ainda assim, em 2016 o número de portugueses que aceitaram ser fiadores diminuiu para 1,3 milhões; e destes, 115 mil têm razões para estar arrependidos, pois foram chamados para cumprir a obrigação fidejussória; deixando-se claro que foi o número mais baixo desde o ano de 2011.

Sublinhe-se, entretanto, que no ano de 2016 a percentagem de fiadores chamados a cumprir foi maior que a registada no tempo de crise, pois correspondeu a 8,6% contra 7,5% de 2011².

IV - Contudo, a tónica nas situações desta ordem que se impõe inegavelmente reconhecer, decorre de a inexistência no nosso ordenamento jurídico da obrigação do devedor informar, em tempo, o fiador sobre a sua situação patrimonial antes da constituição da fiança. Por isso mesmo, não é imoderado afirmar que assistimos inábeis a degradação da vida económica das famílias portuguesas e a consequente ascensão dos níveis de pobreza.

Com esta significativa realidade, e a consequente soma de argumentos que daí podem redundar, pensamos, sem margem para dúvida, que estão criadas as potenciais razões que nos levaram a escolha do tema “Liberação do Fiador”, no qual é elucidativa

² Veja-se em <http://gasdeco.net>, visualizado em 3 de Março de 2017.

a tomada de atenção contra “o servir do fiador”³ e as possíveis formas de desvinculação de tão ardilosa figura. Parece assim, julgamos nós, que dessa maneira contribuímos, ainda que mingudadamente, para que se adopte uma consciência mais conducente a saber que existem mecanismos de libertação efectiva de tão útil mas arriscada figura.

1.2. Delimitação

I - A solvabilidade do património do devedor é condição *sine qua non* para satisfazer as obrigações contraídas para com outrem, cabendo ao credor zeloso o encargo de aferir tal constatação.

No entanto, por motivos imponderáveis, não são poucas as vezes que o devedor, no prazo estipulado, não tem recursos para cumprir as respectivas obrigações e, decididamente, daqui resulta uma situação de insolvência. Ora, para contornar esses imprevistos e aumentar a probabilidade de satisfação do crédito, a lei proporciona ao credor outras formas de assegurar a solvabilidade da obrigação. Para essa finalidade, se conhecem as garantias reais e as garantias pessoais das obrigações, consideradas como as praças-fortes do Direito Civil. Em qualquer caso, no presente estudo interessa-nos apenas as garantias pessoais e, particularmente a fiança, figura tradicionalmente mais relevante, ou mesmo o protótipo desta espécie de garantias; ficando claro por consequência, a justificada delimitação do objecto da nossa exposição.

II - Circunscrevendo-nos a isso, e como delineado anteriormente, é comum a ligeireza como as pessoas passam a compartilhar obrigações alheias. Porém, é mais comum ainda as vezes que o devedor desilude as expectativas destas pessoas ao não

³ Na mitologia grega a fiança é pintada com cores e traços vivos e severos. Temos como exemplo a fiança prestada por Posídon: Citam os escritores um exemplo tirado dos poemas homéricos que nos traçam vetustas instituições da Grécia, onde a fiança aparece bem nitidamente indicada. Hephaistos surpreendeu Aphrodite em flagrante delito de adultério com Arés. Os deuses decidem que este purgará sua falta, pagando a indemnização habitual; mas Hephaistos não se quer contentar com a promessa do culpado, com receio de que ele se desprenda de sua palavra, porque nem havia muita confiança na boa-fé entre as partes, nem mereça confiança que acaba de abusar dela, muito embora seja imortal e divino aquela que se vincula por obrigação. Posídon, em tal emergência, se compromete a cumprir o devido, no caso de Arés recusar-se a isso; veja-se Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, Campinas, Red Livros, 2008, p. 585.

assumir os seus compromissos, o que representa para os fiadores um verdadeiro constrangimento com pernicioso desfecho.

Justamente por esse facto, e mais ainda porque se tem presente o número incalculável de pessoas que se envolvem no imbróglio da fiança, consideramos pertinente a abordagem das diversas formas de desvinculação do fiador; pois, em globo, constituem instrumentos de largo alcance no mundo das relações creditícias, em termos de garantia do reembolso parcial ou do total das quantias não pagas pelo devedor principal.

1.3. Plano de Estudo

No tratamento de qualquer tema, na pesquisa e na exposição, em abordagem científica, impõe-se evidentemente lançar mão a procedimentos racionais no caminho a seguir, decerto em virtude da estrita realização dos objectivos propugnados em determinada temática a ser investigada.

Neste passo, os traços de projecção do estudo estão alinhados por breves apontamentos sobre as questões mais relevantes, começando pelo estudo da fiança em Roma, seguindo-se no debate o assunto sobre a fiança na actualidade.

Abertas todas estas perspectivas, no momento seguinte a digressão concentra-se nas formas de liberação do fiador, perscrutando, neste domínio, as suas mais elementares noções, fomentando a discussão, tal como será demonstrado.

Nas entrelinhas, como nem podia deixar de ser, abordamos o inafastável estudo comparativo com outros ordenamentos jurídicos, para determinar a existência de possíveis semelhanças ou diferenças, conferindo-se especial destaque à legislação de países europeus, tais como Itália, França, Espanha, além de tratarmos de referir aspectos relacionados com o ordenamento jurídico de alguns países da América do Sul e do continente africano.

CAPÍTULO II

A FIANÇA COMO GARANTIA PESSOAL

1. Introdução

I – Como sói acontecer com outros institutos jurídicos complexos, a fiança é reconhecida por uma série de traços que lhe são característicos⁴. Desde logo, o seu nascimento exige indubitavelmente a existência prévia de uma relação obrigacional que necessita de ser assegurada por uma garantia^{5 6}. Logo, como é de se esperar, sem a

⁴ A fiança apesar de ser a figura central entre as garantias pessoais, mostra dificuldades jurídicas que suscitam a sua aplicação, manifesto fundamento para que seja objecto de vários estudos; veja-se por todos, Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o sentido e o âmbito de vinculação como fiador, Almedina, 2000.

⁵ Classicamente, as garantias especiais das obrigações dividem-se em dois grandes grupos: as garantias pessoais e as garantias reais. As primeiras, implicam um alargamento quantitativo da massa de bens sobre a qual o credor poderá satisfazer o seu crédito, através da responsabilização de um património pertencente a outrem (garante), que se obriga perante o credor. Esta formulação, note-se, traduz-se num reforço quantitativo da garantia geral. Deste ponto de vista, passam assim a existir dois ou mais patrimónios com titulares diferentes, visando assegurar o cumprimento da obrigação. Nesta medida, tais garantias caracterizam-se por sujeitar um terceiro à possibilidade de execução do seu património, caso se constate o incumprimento pelo devedor. Um exemplo característico de garantias pessoais no Direito Civil constitui a fiança (art.º 627º e segs.). Veja-se, neste sentido, Paulo Cunha, Da Garantia nas Obrigações (apontamentos das aulas de direito civil do 5º ano da FDL, pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real), vol. II, 1938-1939, p. 13 ss.; José Tavares, Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, vol. I, Coimbra Editora, 1922, p. 558; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, Tomo X, Almedina, 2015, p. 421 ss.; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantias de Cumprimento, 5ª Edição; Almedina, 2006, p. 85; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, 2ª ed., Almedina, 2013 (reimp. 2017), p. 58 ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 56 ss.; Miguel Teixeira de Sousa, Estudos sobre o Novo Processo Civil, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 236.

Por sua vez, sobre as garantias reais, consideram-se aquelas que possibilitam ao credor o direito de se fazer pagar, com preferência sobre os demais credores, pelo valor ou pelos rendimentos de certos bens móveis ou imóveis do devedor ou de terceiros, ainda que tais bens venham a ser transmitidos. Ilustram justamente esta realidade, os privilégios creditórios, o direito de retenção, o penhor, a hipoteca e a consignação de rendimentos. Deste modo, a existência do referido direito confere aos credores titulares de garantias reais, em caso de suficiência patrimonial do devedor, a prerrogativa ou a segurança de se fazerem pagar em primeiro lugar sobre os bens objecto de garantia, passando à frente dos credores comuns. A esse respeito, numa observação bem elucidativa, Carvalho Fernandes afirma categoricamente que o credor ao constituir uma garantia real, assume ao lado do seu direito de crédito um direito de natureza real – um direito real de garantia – que dá ao credor o poder direito sobre a coisa. Assim, com esta convergência, tal credor encontra-se numa posição privilegiada face aos credores comuns e sobre outros titulares de créditos garantidos, mas obviamente graduados num nível inferior. Veja-se, quanto a isso, Luís A. Carvalho Fernandes, Teoria Geral do Direito Civil, I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 5ª Edição Actualizada, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009, p. 153. Para outros aprofundamentos, cfr., entre outros, Luís da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil: Em Comentário ao Código Civil Português, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 156; Vaz Serra, Responsabilidade Patrimonial, BMJ 75 (1958), p. 115; Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II, (Reimpressão da 7ª Edição 1997), 2015, p. 419, nota 2; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantia do Cumprimento, ob. cit., p. 85; Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., p. 77 ss.; Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., 108 ss.

⁶ Para os romanos, as garantias pessoais das obrigações constituíam uma maneira de assegurar o crédito dos credores que se viam prejudicados pela conduta do devedor. Além de revestirem maior

existência desta obrigação primitiva, não pode sequer pensar na existência da fiança. Afinal, esta é que delimita o grau de responsabilidade e alcance da garantia acessória.

Entretanto, e como nem poderia deixar de ser, a obrigação principal é uma relação jurídica distinta e independente da fiança, na medida em que existe mesmo sem a sua constituição.

II – Hodiernamente, a título comparativo, constata-se que alguns países têm desenvolvido esforços no sentido de condicionar a aplicação da figura da fiança. Dentre eles, cita-se o Brasil, no qual um deputado do partido PFL-RJ (Partido da Frente Liberal do Rio de Janeiro) apresentou à Câmara dos Deputados Federais um projecto de lei, com vista a proibir a exigência de constituição de garantias pessoais, como a fiança e o aval, sempre que se colocam em risco o dever de assistência familiar do garante. Com efeito, segundo o referido projecto, quem aceitasse ou exigisse garantias que comprometessem o património do fiador e, conseqüentemente, o seu dever de assistência familiar, estaria a cometer um crime de constrangimento ilegal, cuja pena a aplicar seria de três meses a um ano de cadeia, além de multa. Desse modo, em substituição à garantia pessoal, o credor deveria efectuar, junto ao devedor, um seguro de crédito. Decididamente, o objectivo dessa iniciativa visa coibir a exigência abusiva de garantias pessoais para empréstimos ou dívidas, em valores incompatíveis com a renda familiar do fiador^{7 8}.

importância que as garantias reais, foram as primeiras a surgir no ordenamento jurídico romano. Consistiam, porém, em obrigações constituídas a favor do credor, por pessoas distintas do devedor, para reforçar o cumprimento duma obrigação principal. O garante respondia directamente com o seu próprio corpo e indirectamente com o seu património. Generalizando, conhecem-se como formas primitivas de garantias pessoais, o *vas*, o *praedes*, o *vindex* e a *sponsio arcaica*. Posteriormente, a jurisprudência romana introduziu outros tipos não formais de garantias pessoais, designadamente o *mandatum pecuniae credendae*, o *constitutum debiti alieni* e o *receptum argentariorum*, com o objetivo de contornar os inconvenientes do formalismo da fiança. Para mais aprofundamentos, veja-se Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Direito das Obrigações em Roma*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 133 e ss.; Sebastião Cruz, *Direito Romano I*, Introdução, Fontes, 4ª Edição, Coimbra, 1984, p. 240 e ss.

⁷ O mencionado projecto de lei (6470/2002) foi apresentado pelo deputado José Carlos Coutinho no ano 2002. No entanto, este não constitui um posicionamento isolado, existindo com o mesmo objectivo vários projectos de lei a tramitar no Congresso Nacional Brasileiro. Cfr., revista jurídica UNIJUS, vol.¹², n.º 17, Novembro de 2009, UNIUBE, Educação e Responsabilidade, Ministério Público, p. 138.

⁸ Vale ainda sublinhar que o CCB de 2002 pouco ou nada alterou o regime da fiança, já que de maneira patente permanecem as normas a ela referentes, ou seja, segundo uma redacção muito aproximada às que constavam na legislação anterior. Efectivamente, houve apenas duas alterações significativas: o facto de se mostrar possível pactuar mesmo contra a vontade do afiançado, hipótese prevista no art.º 820º; e a dispensa de decisão judicial, no caso de fiança sem prazo determinado, constante no art.º 835º.

III - Vale, no entanto, acrescentar, que tal posicionamento não é isolado. Efectivamente, outro deputado⁹ chegou a afirmar que a forma abusiva pela qual se exige a fiança no Brasil é perversa, pois envolve pessoas físicas que por laços de amizade ou parentesco com o devedor, vêm-se obrigados a prestar fiança e acabam envolvidos em situações que desaguam em prejuízos financeiros e deterioração das relações pessoais entre fiador e afiançado¹⁰.

Contudo, devemos observar que o referido projecto não foi aprovado e continua a prever-se o instituto da fiança no CCB de 2002¹¹, praticamente com os textos de CCB de 1916.

Em Portugal, sem qualquer hesitação, continua a ser comum a utilização da fiança e, segundo os dados do Banco de Portugal, em Dezembro de 2010 havia mais de um milhão e quatrocentos fiadores para um total acima de quatro milhões e seiscentos indivíduos que contraíram créditos. No entanto este número tem vindo a descer desde 2011; mas ainda assim, existem 1,3 milhões de pessoas que assumem a posição de fiadores.

Ora, pelos vistos, parece que a fiança terá longa vida no nosso ordenamento jurídico, pelo menos enquanto não for aposentada nos países considerados do “primeiro mundo”¹².

Contudo, a frequência com que é utilizada a figura da fiança suscita o aparecimento de diversas questões práticas, nem todas elas de fácil resolução, não só pela complexidade dos preceitos no CC, mas também pela própria natureza da fiança, que se configura como obrigação acessória de outra principal.

A ser assim, passemos à análise de tão complexa figura.

⁹ Deputado Federal José Barroso Pimentel do Partido Trabalhista (PT).

¹⁰ Veja-se em Revista Jurídica UNIJUS, vol. ¹², n.º 17, Novembro de 2009, ob. cit., p. 140.

¹¹ Somente entrou em vigor em 11 de Janeiro de 2003, após cumprimento de um ano de *vacatio legis*.

¹² Realce-se que em Angola, não obstante encontrar-se prevista no Código Civil, constitui uma figura muito pouco utilizada, tanto nos contratos de locação, em que dificilmente se exigem garantias, como na prática bancária, onde se utilizam com frequência apenas o aval e a hipoteca.

2. Generalidades

2.1. As Figuras Romanas

I – Entende-se ser quase pacífico entre os estudiosos do *Ius Romanum* que a fiança terá surgido através de uma *stipulatio*. Esta remotíssima figura, considerada uma das maiores criações do género romano, consistia num contrato formal frequentemente utilizado pelos romanos para satisfação de diversos fins e para transmitir eficácia jurídica a diversos acordos. Formalmente, consistia numa pergunta oral feita pelo *stipulator* ao *promissor*, a qual devia responder congruentemente, ficando, desta forma, obrigado pela sua promessa. Logo, do encontro da pergunta com a resposta nascia uma obrigação¹³.

Diga-se, entretanto, que no contexto daquela época, tal mecanismo era a forma mais simples de expressar acordos de vontade e reforçar diversas relações. Por essa razão, em Roma recorria-se prioritariamente ao assinalado contrato verbal de fiança.

Diante disso, o instituto de fiança era entendido como uma garantia pessoal concedida ao *creditor* por um terceiro (fiador), para que pudesse efectivamente vir a receber a prestação inicialmente devida por certo *debitor*; ou seja, surgia um novo devedor que, por uma nova *stipulatio*, se juntava (*ad+promitter*) ao devedor principal: promete «*id quod Titius promisit*»¹⁴.

Por conseguinte, com a existência do *adpromissor* surgiam duas obrigações, a do devedor principal (em que o objecto da obrigação era o débito) e a do fiador (em que objecto da obrigação era a promessa do devedor primitivo pagar o crédito).

¹³ Veja-se neste sentido, Vincenzo Aranzio-Ruiz, *Sponsio e stipulatio nella terminologia romana*, in *Bulletino dell'istituto di diritto romano*, Victorio Scialoja, 3ª Série, vol. IV, Milão, Dott. A. Gioffré-Editore, 1962, p. 193 ss.; Biondo Biondi, *Sponsio e Stipulatio in Labeo*, rassegna di diritto romano, Jovene, 35 (1989), 1, Nápoles, p. 104 ss.; Álvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, parágrafo 428; Armando Torrent, *Manual de Derecho Privado Romano*, Mira Editores, S.A., Saragoza, 1990, p. 406; Santos Justo, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*, 4ª ed., Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2011, *Studia Iuridica* 76, p. 85; Max Kaser, *Direito Privado Romano*, Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice, Serviço de Educação, Lisboa, 1999, p. 312; J.A. Segurado Campos, *Instituições de Direito Privado Romano*, GAIO, Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas, 2010, p. 324; Susana Antas, *A Fiança no Apogeu do Direito Romano*, in *Estudos em honra Ruy de Albuquerque II*, 2006, pp. 837-900.

¹⁴ Veja-se mais sobre o assunto em Sebastião Cruz, *Direito Romano, Introdução*. Fontes, ob. cit., p. 240, Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Direito das Obrigações em Roma*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 159 ss.

II - No entanto, durante a evolução do *Ius Romanum*, reconheceram-se três formas de *ad promissio* ou fiança estipulatória: a *sponsio*, a *fidepromissio* e a *fideiussio*; que apesar de terem surgido em épocas anteriores a clássica, nesta coexistiram¹⁵.

A *sponsio*, quiçá a forma mais antiga de garantia pessoal, já existia antes da Lei das XII Tábuas; portanto, anterior a época clássica¹⁶. Quanto a *fidepromissio*, as fontes apontam o seu surgimento em data posterior à *Lex Apuleia*; logo, similarmente a *sponsio*, surgiu antes da época clássica¹⁷.

Por sua vez, a *fideiussio*, ao contrário das anteriores, provém do período citado como o de maior esplendor do *Ius Romanum*. Contudo, a doutrina não é unânime na fixação da data precisa do seu surgimento. Assim, alguns Romanistas apontam o seu aparecimento para finais do século I a.C.¹⁸

Tendo isso presente, devemos referir que a *sponsio* consistia numa promessa solene, de origem sacral, com a invocação de deuses intervenientes e reservada aos cidadãos romanos (era regida somente pelo *Ius Civile*)¹⁹; mesmo diante das evoluções verificadas, ela manteve o formalismo verbal – oral²⁰ da época arcaica, assente na

¹⁵ Veja-se, Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, vol. I, 4ª ed. revista e atualizada, Coimbra, 1984, p. 240.

¹⁶ Veja-se, Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 241; A. Vieira Cura, Fiducia cum creditore, Aspectos Gerais, Coimbra, 1988, p. 158; Santos Justo, Direito Privado Romano, ob. cit., p. 159; Emílio Betti, La struttura dell' obbligazioni romana e il problema della sua genesi, Milão, 1955, p. 142; Eduardo Vera-Cruz Pinto, Direito das Obrigações em Roma, ob. cit., p. 148.

¹⁷ Veja-se, Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 241; A. Vieira Cura, Fiducia cum creditore, ob. cit. p. 158; Santos Justo, Direito Privado Romano, ob. cit., p. 160; E. Betti, La struttura dell' obbligazioni romana e il problema della sua genesi, Milão, 1955, p. 142; Eduardo Vera-Cruz Pinto, Direito das Obrigações em Roma, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 148.

¹⁸ Veja-se, Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 242, seguindo as pegadas de Álvaro D'Ors, ao afirmar que, supostamente, o surgimento da *fideiussio* se deve a influência de Labeo, veja-se, Derecho Privado Romano, ob. cit., p. 446. No mesmo sentido, Santos Justo, Direito Privado Romano, ob. cit., p. 162; Eduardo Volterra, Instituciones de Derecho Privado Romano, Editorial Civitas, S.A., p. 590 e 597, n.º 343. Tem opinião contrária Paolo Frezza, por não aceitar a ideia do surgimento da *fideiussio* por influência de Labeo; contudo, situa o surgimento da figura nos finais do século I a.C., La garanzie delle obbligacione, Corso di Diritto Romano, La garanti personali, vol. I, Padova, 1962, p. 321. Por outro lado, Vieira Cura, Fiducia cum creditore, ob. cit., p. 164, defende que a *fideiussio* surgiu somente no início do século I a.C., partilha da mesma opinião Armando Torrent, Manual de Derecho Privado Romano, ob. cit., p. 384.

¹⁹ Veja-se, Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 241; Biondo Biondi, Instituzioni di Diritto Romano, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1972, p. 443; José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, vol. II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 60.

²⁰ A oralidade significa que as partes deviam pronunciar as palavras solenes estipuladas para esta forma de fiança. A característica da oralidade obstava a que pessoas mudas ou surdas pudessem ser parte em relações contratuais do género; bem como, doentes mentais, face à incapacidade intelectual para perceberem o que estavam a fazer. Veja-se, nesse sentido, Juan Iglesias, Instituciones di Derecho Romano, vol. II, Barcelona, 1951, p. 6; J.A. Segurado Campos, Instituições de Direito Privado Romano, ob. cit., p. 328.

pergunta feita pelo credor agora «*idem dari spondes*» e pela resposta do garante «*spondeo*»²¹, na presença do sacerdote.

III - Contudo, a certa altura, com a dilatação do campo de aplicação do *Ius Romanum*, a *sponsio* revelou-se insuficiente para regular os negócios em Roma, resultante da necessidade de se reforçar os débitos contraídos por peregrinos. Fruto dessa nova realidade sócio-jurídica, nasceu a figura da *fidepromissio*.

Esta forma de *adpromissio*, porém, consistia numa promessa feita com a invocação da deusa *fides*²². Por isso mesmo, o valor prático da *fidepromissio* assentava no respeito e fidelidade à palavra dada, com a particularidade de ser acessível não só aos *civis romani* mas também aos *peregrini*²³.

Em tais circunstâncias, esta modalidade de garantia pessoal fundava-se numa *stipulatio*, cujo molde formal era constituído pela pergunta do credor: «*idem fidepromittis*»; e pela correspondente resposta do fiador: «*fidepromitto*»²⁴.

Mas, registe-se, no acto de celebração tanto da *sponsio* como da *fidepromissio*, a pergunta dirigida ao fiador era feita de forma passiva, o que se leva a depreender que este se obrigava por outrem e, ao responderem afirmativamente, prometia que seria dado o objecto de uma obrigação alheia. Assim, não prometiam ser eles próprios a dar²⁵.

IV - Todavia, apesar destas duas formas de *adpromissio* terem sobrevivido ao período clássico, foram depois substituídas pela *fideiussio* no Direito justiniano²⁶. Em seu rigor aquela figura consistia numa pergunta que o credor dirigia ao garante: «*idem fide tua esse iubes?*»; e a correspondente resposta: «*fideiubeo*». O descrito formulário, de origem arcaica, exigia que a resposta fosse dada imediatamente à pergunta. Daqui

²¹ Este formalismo não podia ser pronunciado em grego. Neste sentido, Juan Iglesias, *Instituciones de Derecho Romano*, vol. II, Barcelona, 1951, p. 66.

²² A deusa *fides* era uma divindade invocada na celebração dos negócios entre os peregrinos, bem assim entre estes e os cidadãos romanos. Ela era considerada a veladora do cumprimento desses negócios; dizia-se que castigava os incumpridores e amparava os cumpridores. Tinha a sua sede na palma da mão direita, por isso, os contraentes davam um aperto das mãos direitas para imprimir solenidade à promessa. Nesse sentido, Sebastião Cruz, *Direito Romano*, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 241.

²³ Segundo Menezes Cordeiro, “A *bona fides* estabeleceu vínculos susceptíveis de consensualmente envolver *cives* e *peregrinos*”, cfr., *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, Lisboa, 6ª reimpressão, 2015, p. 79.

²⁴ Veja-se, Sebastião Cruz, *Direito Romano*, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 241; Biondo Biondi, *Instituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 443; José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, ob. cit., p. 60.

²⁵ Veja-se mais sobre o assunto em, Sebastião Cruz, *Direito Romano*, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 253 ss.; Viera Cura, *Fiducia cum creditore*, ob. cit., p. 171.

²⁶ Veja-se, Eduardo Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ob. cit., p. 590; Juan Iglesias, *Instituciones de Derecho Romano*, ob. cit., p. 444.

nascia uma obrigação entre o fiador e o credor, sem necessidade de intervenção do devedor principal²⁷.

Na verdade, esta forma de *adpromissio* não consubstanciava uma promessa, mas uma autorização responsável, assente na *fides* do garante. Com isso, o fiador tornava-se também devedor do conteúdo da dívida principal juntamente com o primitivo devedor.

Em suma, era uma garantia pessoal mais ampla, pois podia garantir todo o tipo de obrigações, não apenas as nascidas de uma *stipulatio*²⁸.

3. O Tipo Legal da Fiança

3.1. Noção de fiança

I – O CC em termos sistemáticos disciplina a fiança em cinco subsecções diferentes: a) a primeira destinada às “Disposições Gerais” (arts. 627º a 633º); b) a segunda referente à “Relação entre o credor e o fiador” (arts. 634º a 643º); c) a terceira aborda à “Relação entre o devedor e o fiador” (arts. 644º a 648º); d) a quarta dedica-se à “Pluralidade de fiadores” (arts. 649º e 650º); a quinta, finalmente, diz respeito à “Extinção da fiança” (arts. 651º a 655º)²⁹.

A fiança é assim, antes de mais nada, uma garantia pessoal típica³⁰, tal como já era consagrada no art.º 838º do CS³¹, sendo actualmente regulada nos art.º 627º a 655º

²⁷ Veja-se, Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., p. 242; José Arias, Manual de Derecho Romano, editorial Guillermo Kraft, Ltda., Buenos Aires, 1941, p. 365.

²⁸ Veja-se, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Direito das Obrigações em Roma, ob. cit., p. 151; Juan Iglesias, Instituciones de Derecho Romano, ob. cit., p. 445; Paolo Frezza, La garanzie delle obbligazioni, Cedam, 1962, p. 35 ss.

²⁹ O CS também disciplinava em cinco subsecções: a primeira tratava de referir a fiança em geral (arts. 818º a 829º); a segunda abordava os efeitos da fiança em relação ao fiador e ao credor (arts. 830º a 837º); já a terceira relacionava-se com os efeitos da fiança em relação ao devedor e ao fiador (arts. 838º a 844º), a quarta disciplinava os efeitos da fiança em relação aos fiadores entre si (arts. 845º a 847º), e a última, regia a extinção da fiança (arts. 848º a 854º). Repare-se, entretanto, que o CC modificou relativamente à fiança, os arts. 819º, 820º e 835º. O art. 819º limitava a capacidade das mulheres para afiançar; por sua vez, o art. 820º determinava que as mulheres casadas só poderiam afiançar com o consentimento expresso do marido; ao passo que o art. 835º, destinado a regular a co-fiança e o benefício da divisão, sofreu alterações para evitar dúvidas. Por outro lado, é de salientar que o esquema elaborado por Vaz Serra, no âmbito da preparação do novo CC, corresponde ao texto inserido neste último articulado. Veja-se, Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, Lisboa, 1957, p. 289 ss.

³⁰ Para Luigi Ferrara, a fiança é o protótipo da garantia pessoal, Diritto Privato Attuale, Torino, 2ª ed., 1948, p. 735. Nas palavras de Januário da Costa Gomes, a fiança é o exemplo paradigmático das garantias pessoais. No entanto, refere que considera paradigmático não no sentido kuhniano de paradigma, de que todas as garantias pessoais lhe sigam o passo e almejem a consecução do seu figurino, mas porque a mesma é a figura central; veja-se, Estudos de Direito das Garantias, A Fiança no quadro das garantias pessoais, Aspectos do Regime, vol. I, Almedina, 2004, p. 8.

³¹ O CS no seu art.º 818º, equivalente ao 627º do CC, determinava: “O cumprimento das obrigações, que resultam dos contratos, pode ser assegurado por um terceiro, que responda pelo devedor, se as ditas obrigações não forem cumpridas”.

do CC, ao lado da prestação de caução, da consignação de rendimentos, do penhor, da hipoteca, dos privilégios creditórios e do direito de retenção.

Contudo, embora o n.º 1 do art. 627º do CC tenha como título “Noção e Acessoriedade”, não apresenta, rigorosamente, uma noção de fiança. Mas ainda assim, não deixa de ser possível retirar de sua redacção que a fiança constitui uma garantia pessoal proporcionada pelo fiador ao credor para cumprimento da obrigação do devedor. Tal entendimento, resulta da afirmação legal de que o fiador fica pessoalmente obrigado perante o credor; uma situação de modo algum confortável com a garantia real prestada por terceiro, caso em que a garantia é especial, mas não deixa de ser real, porquanto o aludido terceiro limita-se apenas a transferir determinado bem do seu património para o património do credor, para aí exercer uma função de segurança do crédito, sem, contudo, vincular-se ao devedor. Por ser assim, caso sobrevenha o incumprimento, é vedado ao credor o direito de accioná-lo ou agir contra o restante do seu património, como afinal de contas resulta do art.º 601º. Tanto assim é que ocorrendo tal situação, o direito do credor limita-se ao bem afecto ao cumprimento da obrigação³². Por outras palavras, no caso da fiança, o fiador assume uma obrigação, enquanto na garantia real prestada por terceiro, expressivamente este não assume uma obrigação, antes afecta uma parte do seu património à garantia de uma dívida alheia.

Por sua vez, Menezes Cordeiro numa posição perfeitamente perceptível, define a fiança como a situação na qual uma pessoa – o fiador – se obriga, perante o credor, a cumprir uma prestação devida por outra pessoa (o devedor principal), caso se verifiquem determinadas circunstâncias³³. Diz ainda o mesmo autor, que o “*Efeito garantia*” resulta de, à prestação principal, se associar uma outra prestação, de tipo acessório: a do fiador. E como as prestações envolvidas são civis, elas podem, no seu

³² Poderá então dizer-se, em breve síntese, que por força da constituição de um direito real por terceiro para assegurar dívida alheia, independentemente de inexistir o dever de prestar, não se apresenta propriamente como um devedor; contudo, não deixa ele de ser responsável a título secundário, porquanto um dos seus bens sempre deve responder pelo cumprimento da obrigação alheia. Sendo assim, tem o credor o direito de executar o bem onerado como garantia, com vista a satisfação do seu crédito. Com esta dependência, estamos diante de uma situação na qual se verifica em simultâneo um reforço qualitativo, resultante da garantia prestada por terceiro, mas também quantitativo, apesar de limitado ao bem dado como reforço pelo garante, não se estendendo aos restantes bens, como por sinal sucede com as garantias pessoais.

³³ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 439.

*horizonte, comportar os esquemas de realização patrimonial. O regime é todavia, o das obrigações: donde o pleonismo agora com sentido: “Obrigação pessoal”*³⁴.

II – Cabe entretanto referir que, de maneira curiosa, o CC fértil em definições e conceitos, não contém nenhuma noção de fiança. Contrariamente, o AUOG da OHADA³⁵ define a fiança no seu parágrafo 1º do art.º 13º como “*o contrato pelo qual uma pessoa, o fiador, se compromete perante o credor, que aceita cumprir a obrigação do devedor se este a não cumprir*”. Desde logo, a nosso ver, esta noção adopta um melhor critério do que o texto propugnado no art.º 627º do CC, por se apresentar circunscrita à fiança proveniente da autonomia privada, certamente inspirada no art.º 2288º do Code³⁶, quando determina: “*Celui qui se rend caution d’une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n’y satisfait pas lui-même*”³⁷.

III - Por sua vez o Codice, no seu art.º 1936º, estabelece que é fiador “*colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l’adempimento di un’obbligazione altrui*”. Neste quadro, Alberto Giusti afirma que através da fiança se constitui uma relação obrigatória entre duas (ou mais) partes, em virtude da qual uma terceira pessoa se obriga pessoalmente perante o credor, afim de reforçar o cumprimento da obrigação do devedor³⁸. Afirma ainda este autor, que todas as obrigações do devedor principal devem ser adicionadas a obrigação do fiador, como forma de proteger o credor³⁹.

³⁴ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., pp. 439 e 440.

³⁵ Acto Uniforme da OHADA para a Organização das Garantias (AUOG), substituiu o Acto Uniforme de 17 de Abril de 1997. Este novo Acto Uniforme adoptado em 15 de Dezembro de 2010, reflecte a determinação dos Estados membros da OHADA de reforçar a confiança dos agentes económicos, incluindo banqueiros e investidores. O novo texto entrou em vigor em 16 de Maio de 2011. Para tanto, veja-se em www.ohada.com.

³⁶ Entre os autores nacionais que se pronunciaram sobre o regime da fiança na primeira versão do AUOG, veja-se Manuel Januário da Costa Gomes, O Regime da Fiança no AUOG da OHADA. Alguns aspectos, *in* Estudos das Garantias, I, Coimbra, Almedina, 2004, p. 211 e ss.; Cláudia Madaleno, Conceito, Características e Constituição da Fiança no Acto Uniforme da OHADA Relativo à Organização das Garantias, *in* Estudos sobre a OHADA, Bissau, 2008, p. 303 e ss.. No tocante ao regime da fiança na segunda versão do AUOG da OHADA, veja-se Salvatore Mancuso, Direito Comercial Africano (OHADA), Almedina, 2012, p. 287 e ss..

³⁷ No tempo de Napoleão, a fiança era vista como um favor que o fiador prestava ao devedor. Geralmente era prestada no seio familiar ou a amigos mais próximos. Talvez por essa razão defendia-o em várias situações decisivas. Veja-se, nesse sentido, Philippe Simler/ Philippe Delebecque, Droit civil/Les sûretés/La publicité foncière, 7ª ed., 2016, n.º 40 (34) e n.º 41 (36).

³⁸ Alberto Giusti, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, La fideiucione e il mandato di credito, Milano, 1998, p. 1.

³⁹ Alberto Giusti, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, ob. cit., p. 1.

IV - Também o CCE estabelece no art.º 1822º: “*Por lá fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste*”. Baseada nesta visão legal, Josefina Del Río define a fiança como uma garantia pessoal prestada por terceiro para garantir o cumprimento da obrigação, caso o devedor principal não o faça⁴⁰. Na verdade, para esta autora tal conceito além de mostrar o que melhor se ajusta ao previsto no art.º 1822º e em outros preceitos conexos a este, também é o que melhor define o perfil e conteúdo da fiança⁴¹.

V - Por sua vez, no Direito inglês a figura que encontramos mais próxima à fiança é o *contract of guarantee*⁴², na qual Sir William Blackburn afirma que em seu verdadeiro sentido se define esta garantia como “[...] *is a contract whereby the surety (the guarantor) promiss the creditor to be responsible for the due performarce by the principal of his existing of the future obligations to the creditor if the principal fails to perform them or any them*”⁴³; ou seja, é o contrato pelo qual o fiador garante ao credor ser responsável pelo cumprimento das obrigações do principal, sejam elas, presentes ou futuras, na eventualidade de o principal as não cumprir (tradução livre).

VI - Por último, o CCB também apresenta uma noção de fiança no art.º 818º: “*Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor caso este não a cumpra*”⁴⁴.

Sensivelmente na mesma linha, Sílvio de Salvo Venosa, salienta existir no contrato de fiança, um sujeito, o fiador, a obrigação de pagar a outro, o credor, derivado do instrumento de um terceiro, o devedor. Trata-se, naturalmente, de um contrato destinado a assegurar o cumprimento de obrigação de outrem⁴⁵.

⁴⁰ Josefina Alventosa Del Río, *La fianza: Ámbito de Responsabilidad*, Granada, 1988, p. 5.

⁴¹ Josefina Alventosa Del Río, *La fianza*, ob. cit., p. 5.

⁴² Também designado como: “*Traditional Guarantees, true guarantees, secondary obligation/liability instruments*”.

⁴³ *Vossloh Aktiengesellschaft vs Alpha Trains (UK) Ltd.* [2010] EWHG 2443 (Ch), [2011] 2 All E.R. (Comm), p. 307.

⁴⁴ O CCB de 1916, no seu art.º 1481º, determinava: “*Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra*”. Assim, parece-nos que o art.º 818º do CCB de 2002 trata-se de uma mera repetição do art.º 1481º, embora com pequena alteração de ordem redaccional.

⁴⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, Contratos em Espécie*, Vol. III, 16ª ed., 2016, p. 390. Em sentido próximo, Roberto Senise Lisboa define a fiança como “o contrato por meio do qual uma das partes (o fiador) se obriga perante a outra parte (o credor de outro contrato) a garantir o pagamento devido pelo terceiro (afiançado), que é parte em contrato diverso celebrado com o credor, caso não venha a adimplir suas obrigações”; veja-se, *Manual de Direito Civil, Contratos e Declarações Unilaterais, Teoria Geral e Espécies*, vol. III, São Paulo: ed. RT, p. 467.

VII - Dado este panorama, cabe dizer que a fiança embora surja como uma garantia pujante, aliciante e vulnerável, não deixa de ser, em certas situações, também paradoxal, porquanto ainda que aparentemente tranquilize o credor, pois o fiador responde com a totalidade do seu património pessoal⁴⁶, a verdade é que ela não tem um, mas antes dois “calcanhares de Aquiles”⁴⁷. O primeiro, diz respeito ao risco de insolvabilidade do fiador, cuja fortuna pode repentinamente diminuir ou até mesmo desaparecer, prejudicando o credor; o segundo, indubitavelmente nota-se que a fiança não incide directamente sobre bens específicos do fiador, uma vez o fiador responder perante os seus próprios credores com a totalidade do seu acervo patrimonial.

Atento a tudo isso, podemos verificar que a fiança implica a existência de um segundo património, o do fiador, entendido como terceiro face à obrigação principal, no sentido de responder conjuntamente com o património do devedor pelo pagamento da dívida. Por ser assim, como garantia do cumprimento da obrigação, o credor beneficia de dois patrimónios, em virtude de se conseguirem duas ordens de relações. Desta forma, há, portanto, um alargamento da massa de bens responsáveis.

Neste passo, tem então claro fundamento afirmar que o valor da fiança depende do valor do património do fiador⁴⁸; embora não se deixe de admitir, à luz do disposto no art.º 602º do CC, que o fiador possa limitar a sua responsabilidade a apenas alguns dos seus bens.

3.2. Obrigações Futuras

I – O CS, tal como os códigos da primeira geração, não previa a possibilidade do garante afiançar obrigações futuras e condicionais. Num primeiro momento, a falta de parâmetros decisivos para a determinar, bem assim o controle dos riscos incorridos pelo garante levou a que a que tal modalidade negocial fosse rejeitada. Porém, a antipatia a esta figura observa-se já na doutrina austríaca do século XIX, e

⁴⁶ Assim o diz Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, pp. 477-478; Mário D’orazi Flavoni, *Fideiussione, mandato di credito, anticrese*, Trattato di Diritto Civile Diritto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro Passarelli, Milão, Vallardi, 1961, p. 6.

⁴⁷ A menção da figura de Aquiles é feita por Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, ob. cit., p. 478.

⁴⁸ Nesta linha de pensamento, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, ob. cit., p. 478, n.º 1; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I⁴, com colaboração de H. Mesquita, anot. ao art.º 627º, p. 643; J. Calvão da Silva, *Garantias Acessórias e Garantias Autónomas*, p. 333; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 889; Pedro Romano Martinez / Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 83.

posteriormente seguida pela jurisprudência francesa⁴⁹. Inicialmente, a preocupação dos defensores a fiança de obrigações futuras prendia-se com a possibilidade de afectar a natureza acessória da garantia, porém mais tarde chegou-se a conclusão que esta modalidade negocial não frustraria a acessoriedade da fiança⁵⁰.

II - Foi assim que o BGB⁵¹, e posteriormente outros códigos expressamente permitiram a fiança de obrigações futuras, como por exemplo o Código Civil suíço, no qual n.º 2 do art.º 492º dispõe: “*La fideiussione non può sussistere che per un’obbligazione principale valida. La fideiussione può essere prestata anche per un debito futuro o condizionale, per il caso che questo diventi efficace*”. Em sentido semelhante, o art.º 1938º do *codice* estabelece: “*La fideiussione può essere prestata un’obbligazione condizionale o futura*”. Do mesmo modo, assim sucede com o *code* no art.º 1130º, o CCE no art.º 1825º, o CCB no seu art.º 821º e, naturalmente, o CC no n.º 2 do art.º 628º.

III - No entanto, alguma doutrina portuguesa ainda na vigência do CS considerava a fiança de obrigações futuras e condicionais⁵², entendimento que também era bem visto pela jurisprudência⁵³. Por via disso, no domínio dos trabalhos preparatórios a hipótese da fiança por créditos futuros foi defendida por Vaz Serra. O autor luso, não só admitia a possibilidade da fiança garantir obrigações futuras, mas também condicionais, incluindo aquelas que apenas se invocam com carácter genérico (v.g. as que resultam de uma relação de negócios)⁵⁴. No entanto, defendia Vaz Serra:

⁴⁹ Filippo Raniere, La Fideiussione «omnibus» nell’esperienza giuridica straniera, in BBTC, ano LV, 1992, p. 218; Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário. Validade e exercício da garantia à luz do princípio da boa-fé, Coimbra Editora, 2009, pp. 93-97.

⁵⁰ Mirela Viale, Fideiussione omnibus, in CI, 1990, p. 291; Raffaele Rascio, La Fideiussione omnibus. Premessa per la discussione del tema, in RDCom., ano LXXVI, 1978, p. 377;.

⁵¹ Veja-se neste sentido Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 463. Assim, determina o parágrafo 2º do art.º 765º do BGB: “*Suretyship mai also be assumed for a future or contingent obligation*”. Claramente prevê não só a possibilidade da fiança poder ser assumida para uma vinculação futura, mas também condicionada.

⁵² Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., p. 161; Pires de Lima e Antunes Varela, Noções Fundamentais e Direito Civil, vol. Iº (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 1973, p. 375, n.º 1; Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, Lisboa, 1959, p. 225.

⁵³ O Ac. do STJ de 11 de Dezembro de 1942, entendeu que sendo a fiança prestada em momento anterior ao nascimento da obrigação principal, «é condicional e subordinada à formação das obrigações que visa garantir, só se torna eficaz a partir do momento em que se aperfeiçoa». E, apreciando a validade desta espécie de fiança, afirma: «vários artigos do código civil, como por exemplo, o parágrafo único do art.º 1823º e parágrafo 2º do art.º 2237º e numerosas disposições reguladoras do exercício que cargos do Estado, tornaram indiscutível a legalidade da prestação da caução a obrigações futuras, que o próprio Código do Processo, regulamenta nos artigos 436º e seguintes». Entende ainda, este aresto, que a fiança prestada em tais termos pode em regra ser denunciada pelo fiador, que então fica apenas obrigado pelas dívidas constituídas pelo afiançado até a denúncia. Veja-se, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 76, p. 11.

⁵⁴ Veja-se mais sobre o assunto em Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 46.

“no momento da fiança, deve ser determinado o título donde a obrigação futura poderá ou deverá resultar, ou, ao menos, saber se como há-de ele ser determinado – sem o que o objecto da fiança seria indeterminado e indeterminável”, ficando a obrigação do fiador em “estado provisório de pendência” até que isso aconteça ou não⁵⁵.

Américo da Silva Carvalho, por sua vez, também se pronunciou sobre a questão e defendia que a fiança prestada em tais termos só existe como obrigação a partir do momento em que nasce a obrigação que a garante⁵⁶.

Sob esse espírito, o CC veio a consagrar expressamente no n.º 2 do art.º 628º a possibilidade de a vinculação fidejussória ter por objecto um crédito futuro ou um crédito sujeito a condição; e complementou tal medida com o estabelecido no art.º 654º, no qual admite a desvinculação do fiador em certos termos, mas enquanto a obrigação principal não se constituir.

Assim, dispõe o citado no n.º 2 do art.º 628: *“A fiança pode ser prestada sem conhecimento do devedor ou contra a vontade dele, e à sua prestação não obsta o facto de a obrigação ser futura ou condicional”*. A configuração deste preceito, ao colocar em paralelo a natureza futura ou condicional da obrigação e o facto de o devedor não ter conhecimento ou, até se opor a prestação da fiança, foi considerada por Menezes Cordeiro como curiosa⁵⁷, a nosso ver, com razão.

Aliás, a esse respeito não será despropositado referir que tal situação não acontece no BGB, nem nos códigos suíço e italiano. E mais, também o CCE articula estas duas situações separadamente e remete-se ao silêncio quanto as obrigações condicionais. Com efeito, o art.º 1825º dispõe: *“Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida”*; e, note-se, o mesmo acontece no CCB no qual o art.º 821º estabelece: *“As dívidas futuras podem ser objecto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida obrigação do principal devedor”*, além do art.º 820º determinar: *“Pode estipular-se a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade”*.

⁵⁵ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 47; Vaz Serra, Anotação ao Ac. do STJ de 2 de Novembro de 1973, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 107, (1974-1975), p. 259.

⁵⁶ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 225.

⁵⁷ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 462. Contrariamente, o CCB de 2002 separa as duas normas (arts. 820º e 821º); o mesmo já acontecia no CCB de 1916 (arts. 1484º e 1485º).

IV – Ora, independentemente das dúvidas que possam suscitar quanto a admissibilidade da fiança de obrigações futuras ou condicionais, uma questão prévia se levanta: ela trata de saber se há possibilidade de ser assumida uma vinculação fidejussória que tenha por objecto um crédito futuro ou um crédito sujeito a condição suspensiva, apesar do carácter acessório da fiança plasmado no n.º 2 do art.º 627º do CC. Ou seja, a dúvida consiste em saber se é requisito de admissibilidade de garantia de crédito futuro que, à data da constituição da fiança, exista já uma relação entre o credor e o devedor, da qual surgirá a obrigação principal ou simplesmente a fiança pode garantir crédito ainda não constituído entre o credor e o devedor.

Pois bem, a questão tem sido objecto de discussão na doutrina de vários países.

V - Na Itália, Luigi Aru defende que para a constituição da fiança de obrigações futuras, torna-se essencial a preexistência de um vínculo jurídico do qual surgirá a obrigação a garantir, pois esta obrigação principal é que servirá de suporte a fiança⁵⁸. Por outro lado, Ravazzoni afirma não mostrar-se necessário a existência de um vínculo jurídico entre o credor e o devedor no momento da constituição da fiança; mas é preciso, no entanto, a existência de circunstâncias objectivas, quanto às pessoas e o montante da dívida, com vista a permitir a determinação da obrigação futura e consequentemente a constituição da fiança⁵⁹. Por seu turno, Fragali assinala que obrigação futura não é apenas aquela relação que está em curso de formação, mas também aquela cujo processo de formação terá o seu início no futuro; ou seja, a obrigação futura é não só *obligatio speratta*, mas também *spes obligationis*, considerando esta a realidade que se extrai do significado amplo que o *codice* confere a coisa futura⁶⁰. Deste modo, segundo o autor, mostra-se possível a constituição de uma fiança sobre obrigações futuras, mas também é certo que a eficácia da fiança depende do nascimento da obrigação principal; pois se esta não se constitui, a fiança é inválida,

⁵⁸ Luigi Aru, Della Fideiussione in generale, in *Codice Civile, Libro delle obbligazioni. II. Comentario*, dir Mariano d'Amelio e Enrico Finzi. Dei contratti speciali, Per. II, Firenze, Barbèra Editore, 1949, p. 319.

⁵⁹ Alberto Ravazzoni, Fideiussione (Diritto Civile), en «Novissimo Digesto italiano», t. VII, Turín, 1961, p. 179; Alberto Ravazzoni, La fideiussione, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 139-142.

⁶⁰ Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito, art, 1936-1959, en «Comentario del código civil» a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Biondi, Libro Quarto. Delle obbligazioni, Bolonia-Roma, 1957, p. 193; no mesmo sentido, Luis Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, t. I, Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 597.

precisamente porque a existência da fiança depende da existência da obrigação principal, já que esta é acessória⁶¹.

A par disso, já em sede dos doutrinadores espanhóis, Guilarte Zapatero destaca que o art.º 1825º causa muitas dúvidas, pois a disposição citada implica, em princípio, a constituição da obrigação fidejussória antes do nascimento da obrigação principal, circunstância que pode estar contra a essência da acessoriedade da fiança e, do mesmo modo, contra o disposto no n.º 1 do art.º 1824º, quando determina “*La fianza no puede existir sin una obligación válida*”; porém, acresce este autor, a validade da fiança de obrigação futura se resolve no citado art. 1825º, fazendo ver que tal resultado também se chegaria sem a existência desta norma. Contudo, como salienta Guilarte Zapatero, a declaração deste preceito veio evitar a procura de fundamentação para sustentar a constituição de fiança de obrigações futuras⁶².

Noutro passo, Josefina Alventosa Del Río destaca que a jurisprudência espanhola mantém uma postura heterogênea, pois num primeiro momento prevaleceu que para se constituir fiança de obrigações futuras é necessário a preexistência de um vínculo jurídico entre credor e devedor, porquanto, nos termos do art.º 1824º não pode existir fiança sem que exista uma obrigação principal válida; num segundo momento, tal jurisprudência já considerou que a dívida garantida por fiança deve ser certa, conhecida e exigível do principal obrigador. Mais tarde, todavia, admitiu a constituição de fiança sobre obrigações que ainda não foram estabelecidas, ou melhor, aquelas ainda não são conhecidas, neste caso obrigações futuras⁶³. Perante isso, a autora espanhola defende que a obrigação garantida pode ser uma obrigação futura, ou seja, uma obrigação que ainda não nasceu ou não se constituiu, com tal raciocínio, pode concluir que é possível a fiança de obrigações futuras⁶⁴. Por sua vez, Hernández Gil afirma que o nascimento da fiança e a sua eficácia está subordinada ao nascimento da obrigação garantida; por essa razão, a fiança de obrigações futuras não viola o princípio da subsidiariedade nem o da acessoriedade, já que a fiança será tão futura como a obrigação principal⁶⁵.

Invocando, por sua vez, o CCB de 1916 nele determinava o art.º 1485º: “*As dévidas futuras podem ser objecto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será*

⁶¹ Fragalli, Delle obbligazioni. Fideiussione. ob. cit., p. 193.

⁶² Guilarte Zapatero, Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código Civil, en el t. XXIII de los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albadejo, Jaén, 1980, pp. 1-351, pp. 80-81.

⁶³ Josefina Alventosa Del Río, La fianza, ob. cit., p. 18 ss.

⁶⁴ Josefina Alventosa Del Río, La fianza, ob. cit., p. 22.

⁶⁵ António Hernández Gil, Derecho de Obligaciones, t. I, Madrid, 1960, p. 86.

demandado senão depois que se fizer certa e líquida obrigação do principal devedor”. Olhando para este preceito, Clóvis Beviláqua defendia que ele encontrava a sua razão de ser no facto de, sendo a fiança um contrato acessório, não podia mostrar-se mais extensa do que a obrigação principal, quer no objecto dela, quer nos acidentes de modo e tempo⁶⁶.

Nos dias mais recentes, em suas explicações Maria Helena Dinis sustenta que o art.º 821º do CCB de 2002 trata-se de mera repetição do art.º 1485º do CCB de 1916, anotando que: “[...] *a fiança poderá assegurar obrigação atual ou futura, mas, quanto a esta última, a fiança somente vigorará como acessória no instante em que ela surgir ou se firmar*”⁶⁷.

Já em sede da doutrina nacional, Januário da Costa Gomes defende que os créditos futuros afiançáveis são quaisquer créditos existentes, não sendo necessário, quer como requisito assegurador da seriedade do vínculo, quer como exigência da acessoriedade, a existência de uma relação jurídica previamente definida e firme entre o credor e o devedor. Contudo, assinala o autor, não se deve prescindir de uma base de apoio mínima que permita resultar, mais tarde, na correspondência entre uma determinada obrigação futura efectivamente surgida e a obrigação perspectivada aquando da constituição da fiança⁶⁸.

Em sentido oposto, Cláudia Madaleno afirma que o n.º 1 do art.º 628º manifesta a acessoriedade da fiança. Contudo, diz a autora, o n.º 2 do mesmo artigo parece de algum modo frustrar essa acessoriedade. Para esta autora, está-se perante um desvio à acessoriedade de constituição, na medida em que se permite a constituição da fiança antes da constituição da obrigação primitiva, num momento onde de maneira clara nem sequer é absolutamente seguro que esta venha ser constituída, como é o caso da obrigação condicional. Afirma ainda Cláudia Madaleno, que a existir de facto acessoriedade, não se devia permitir a constituição da fiança antes da constituição da obrigação principal. Em suma, diz a mesma autora: “[...] *apesar de a efectividade da fiança se encontrar dependente da constituição da obrigação futura ou da verificação da condição, ainda assim se deve concluir pela existência de excepção à acessoriedade,*

⁶⁶ Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, vol. 5, Livraria Francisco Alves, Ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1957, p. 236.

⁶⁷ Maria Helena Dinis, Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, vol. 3, 24.º ed. Revista e Actualizada, São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 580-581.

⁶⁸ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 305-309.

porquanto a constituição da fiança ocorre num momento em que a relação garantida ainda não existe como tal”⁶⁹.

Quanto às obrigações condicionais, em virtude do regime da acessoriedade, a fiança fica a ser igualmente condicional; ou seja, se estabelecida para garantia de obrigações condicionais, constitui-se na dependência da mesma condição suspensiva ou resolutiva^{70 71}.

Ora, tal como ficou exposto, a fiança de obrigações futuras é válida, como bem prescreve o n.º 2 do art.º 628º e o art.º 654º, ambos do CC. No entanto, esta modalidade de fiança serve justamente para que o credor, antes de conceder o crédito, apresentar-se melhor garantido para o pagamento da mesma. Diante disso, o fiador no momento da constituição da garantia fidejussória tem necessariamente de mostrar-se em condições de saber o que vai afiançar. Com esta configuração, desde logo sobressai o problema da determinabilidade da prestação à luz do art.º 280º do CC⁷².

A esse respeito, como enfatiza Menezes Cordeiro, o n.º 1 do art.º 280º considera prontamente nulo o negócio cujo objecto seja indeterminável. Com efeito, não existem dúvidas sobre o alcance desta expressão: o objecto do negócio pode ser indeterminado; o que não pode ser é indeterminável. Neste alcance, acresce o autor, a diferença entre indeterminado e indeterminável está no seguinte: a prestação é indeterminada mas determinável quando não se tem a certeza com exactidão, num momento anterior, do seu conteúdo, embora se tenha fixado um dado critério para proceder à sua determinação. Por isso mesmo, a prestação é indeterminada e indeterminável quando não exista o menor critério para proceder à sua determinação^{73 74}, já que em qualquer circunstância há falta de individualização.

⁶⁹ Cláudia Alexandra dos Santos Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, Tese de Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2009, pp. 192-195.

⁷⁰ Veja-se, Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, (reimp. da 12ª edição revista e actualizada), Almedina, 2016, p. 893 ss.

⁷¹ Januário da Costa Gomes prefere designar a figura de “fiança de obrigação condicional” ao invés de “fiança condicional”, pois para este autor tal expressão transmite a ideia da própria fiança se encontrar condicionada, quando, na verdade, é a constituição da obrigação principal que se encontra dependente da verificação da condição. Veja-se, para tanto, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 302.

⁷² Também se tem discutido na doutrina e na jurisprudência a questão da admissibilidade de um aval geral, prestado sem determinação do seu montante. Veja-se mais sobre a questão na p. 195 e ss., do nosso estudo.

⁷³ António Menezes Cordeiro, Anotação ao Ac. do STJ de 19 de Fevereiro de 1991, Revista da Ordem dos Advogados, 1991, t. II, pp. 562-566; «Impugnação Pauliana, Fiança de Conteúdo Indeterminado», Colectânea de jurisprudência, XVII (1992), t. III, pp. 61 e 62. Posição semelhante foi

À luz deste entendimento, tem prevalecido tanto na doutrina como na jurisprudência⁷⁵, que nestes casos a obrigação é nula por força do disposto no art.º 280º do CC⁷⁶.

No entanto, é relevante sublinhar, ao analisarmos o art.º 400º do CC de forma literal, o facto de, inicialmente, evidenciar-se certa contrariedade com o 280º do mesmo diploma; pois, chega-se à conclusão de nunca terem existidas prestações indetermináveis, porquanto através do tribunal ou da equidade sempre há viabilidade de proceder à dita determinação. De facto, não há como negar esse raciocínio. Assim sendo, o art.º 400º do CC tem de ser interpretado em consonância com o n.º 1 do art.º 280º do mesmo código, de forma a não retirar a utilidade a esta última regra, pois de contrário provoca um conflito de normas. Por conseguinte, apenas se pode colocar o problema da determinação da prestação com base no art.º 400º do CC se a obrigação não for nula, por força do art.º 280º do CC⁷⁷.

Sobre tal questão, Calvão da Silva também se pronunciou e entende que a fiança de obrigação futura pode estender-se a obrigações decorrentes de certas relações de negócios desde que o objecto seja, ao menos, determinável no momento da celebração da garantia, o que acontecerá se os títulos dos quais surgiram tais obrigações estiverem determinados ou o modo de determinar tais títulos⁷⁸.

Apartando-nos, por enquanto, deste confronto, tem-se em mente e até nos parece essencial, que a fiança ao alcançar todas as obrigações futuras do devedor deve estipular

defendida por Vaz Serra em, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 47; Vaz Serra, Anotação ao Ac. do STJ de 2 de Novembro de 1973, ob. cit., p. 259, veja-se também supra p. 25.

⁷⁴ Há a necessidade de, aquando da fiança por débitos futuros, se consignar um critério objectivo e limitativo de determinação correspondente a uma natural função moderadora do ordenamento, presente por exemplo, na limitação das taxas de juro; veja-se neste sentido, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, 1991, p. 564.

⁷⁵ O Ac. Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2001, publicado no DR I Série – A, de 8 de Março de 2001, determina que “*é nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha*”. Anteriormente a este Ac. Uniformizador, muitas das decisões jurisprudenciais já iam no sentido de admitir que no momento da constituição da obrigação deve ser determinado o título donde a obrigação futura poderá ou deverá derivar, ou, pelo menos, saber-se como há-de ser o mesmo determinado; veja-se Ac. do STJ de 19 de Fevereiro de 1991 (ROA, ano 51, 1991, p. 525 ss.), Ac. do STJ de 21 de Janeiro de 1993 (CJ, 1993, II, pp. 71-74), Ac. do STJ de 11 de Maio de 1993 (CJ, 1993, II, pp. 98-100), Ac. do STJ de 1 de Outubro de 1998 (www.dgsi.pt), Ac. do STJ de 11 de Março de 1999 (www.dgsi.pt).

⁷⁶ Neste sentido, veja-se António Menezes Cordeiro, Anotação ao Ac. do STJ de 19 de Fevereiro de 1991, ob. cit., p. 563.

⁷⁷ Veja-se António Menezes Cordeiro, Anotação ao Ac. do STJ de 19 de Fevereiro de 1991, ob. cit., p. 563.

⁷⁸ Calvão da Silva, Estudos de Direito Comercial (Pareceres) Coimbra, Almedina, 1996, p. 332.

o título da qual elas derivam para se fazer valer ou, no mínimo, deve esclarecer como podem ser determinados^{79 80}; ou seja, o fiador deve conhecer logo de início os limites da obrigação fidejussória ou, ao menos, os critérios de fixação desses limites; caso contrário, não é sanável mesmo que os fiadores expressem e antecipadamente aceitem tal responsabilidade. Se assim não o fosse, seria um mundo praticamente infinito de direitos de crédito garantidos por fiança.

No entanto, não se deixa de sublinhar que o problema da determinabilidade, tanto nas obrigações presentes como nas futuras, passa pela interpretação do contrato de fiança, mostrando-se necessário que se faça esse exercício para se concluir se o objecto é ou não determinável.

Ainda em sede destas considerações, como nota final, devemos recordar que a fiança de obrigações futuras constitui prática corrente no mundo dos negócios, mormente no âmbito dos contratos bancários; daí a necessidade de tantas exigências.

3.3. A natureza contratual ou unilateral da fiança

I – Quanto à natureza jurídica da fiança, trata-se de um problema de larga atenção na doutrina e na jurisprudência, o que faz sentido, pois apresenta-se como controvertida a questão de saber se ela assume uma feição contratual ou se decorre de negócio jurídico unilateral^{81 82}.

O CS remeteu-se ao silêncio quanto a esta questão. Contudo, aquando dos trabalhos preparatórios em sede do CC de 1966, Vaz Serra admitiu de *iure constituto* a

⁷⁹ Cfr., Vaz Serra, Anotação ao Ac. do STJ de 2 de Novembro de 1973, Revista de Legislação e Jurisprudência, p. 259; Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 52 e 61.

⁸⁰ Já no comércio bancário, esta indeterminabilidade é ainda reforçada pela inviabilidade de contratos gerais bancários de conteúdo indeterminável; veja-se neste sentido, Menezes Cordeiro, BMJ 357, 43. Este autor tem a mesma posição no CJ, 1992, 3.º - 61 e ss; O Ac. do STJ 4/2001, D.R. 57, Série I-A, de 8 de Março de 2001, estabeleceu que: “É nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de qualquer operação em direito consentida, sem a menção expressa da sua origem, natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha”. Em sentido próximo, o actual regime do AUOG da OHADA obriga a indicação do montante máximo garantido no contrato de fiança, levando isso a presumir que é inadmissível a constituição de fiança *omnibus* sem a indicação do montante máximo garantido pelo fiador, que incluirá a dívida afiançada e os respectivos acessórios (veja-se, art.º 19º).

⁸¹ O Ac. do STJ de 21 de Janeiro de 1993, estabelece que a fiança *omnibus* tanto pode ser constituída através de contrato ou mediante negócio jurídico unilateral; veja-se, Evaristo Mendes, Jurisprudência Crítica, em Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XXXVI (X da 2ª Série), números 1-2-3, Janeiro-Setembro de 1995, Lex, p. 100.

⁸² Não é adequado confundir a característica da unilateralidade da fiança com a questão da fiança poder ser prestada mediante negócio jurídico unilateral, tal como sucedeu no Ac. do STJ de 11 de Dezembro de 1942. Veja-se, quanto a isso, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 76, pp. 11 e 430.

prestação de fiança como negócio unilateral; porém, o texto por ele alinhavado não era peremptório quanto a esta solução, de *iure constituendo*, acabando por não ter sido colocado na respectiva disposição legal, que veio a apresentar um forte pendor contratual. À luz do que se fez ver atrás, afirmava Vaz Serra: “*Além de contrato, pode a fiança ser constituída por negócio jurídico unilateral. Nessa hipótese, o fiador obriga-se, por declaração unilateral, para com o credor, e este pode não ser determinado na data em que o fiador se obriga.*”⁸³. Acresceu ainda o mesmo autor: “*O contrato de fiança é um contrato unilateral, uma vez que o fiador se obriga, por ele, para com o credor, ao passo que este não se obriga para com o fiador, mas isto não quer dizer que o credor não possa perder a fiança quando pratique certos factos de que possa resultar prejuízo para o fiador.*”⁸⁴. Guilherme Moreira, em sentido semelhante, afirmou: “*Pode, porém, a fiança resultar dum negócio unilateral, vinculando-se por ela o fiador para com um credor que pode deixar de ser determinado no momento em que o fiador assume essa responsabilidade.*”⁸⁵. Por seu lado, Paulo Cunha defende “[...] *é hoje opinião que domina entre nós na doutrina e nos tribunais, é que na verdade a fiança pode constituir-se por declaração unilateral da vontade, sem ser por contrato. Isto é, pode constituir-se não só por contrato entre o fiador e o devedor, e por contrato entre o fiador e o credor, mas também por mera declaração unilateral da vontade do fiador.*”⁸⁶. Explica ainda o mesmo autor, mostrar-se certo que o CC ao tratar da fiança nos artigos 818º e seguintes, apenas previu a fiança resultante do contrato, mas considera não encontrar razão séria que o leve a excluir a declaração unilateral de vontade, como fonte de obrigação acessória da qual resulta a constituição da fiança⁸⁷.

À sua vez, Cunha Gonçalves limitava-se a referir que a fiança constitui um acto ou contrato unilateral porque o fiador obriga-se para com o credor, mas este a nada se obriga para com aquele⁸⁸. Claramente, este autor não chegou a defender ou a contrariar

⁸³ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 11. Veja-se ainda nesta linha de pensamento, Ac. do STJ de 11 de Dezembro de 1942, in Revista de Legislação e Jurisprudência, 76, pp. 11 e 430; Ac. da RC de 5 de Julho de 1989; Ac. STJ de 11 de Fevereiro de 1988; Ac. do STJ de 8 de Junho de 1993; Ac. do STJ de 27 de Maio de 2003, disponíveis em www.dgsi.pt, visualizado em 13 de Janeiro de 2015.

⁸⁴ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 12.

⁸⁵ Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, Das Obrigações, Coimbra Editora, 1925, n.º 105, p. 297.

⁸⁶ Paulo Cunha, Da garantia nas obrigações, II, p. 39.

⁸⁷ Paulo Cunha, Da garantia nas obrigações, II, p. 39.

⁸⁸ Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., p. 157; Avelino de Faria, Da fiança, Revista de Notariado e Registo Predial, ano 15, Lisboa, Dezembro de 1942, p. 177; Evaristo Mendes, quanto a fiança bancária defendeu que esta “[...] *pode ser constituída por meio de negócio unilateral, em função da ligação entre o n.º 2 do art.º 628º e o art.º 457º do CC*”, cfr., Jurisprudência

a hipótese da fiança puder constituir-se mediante negócio unilateral, no caso, obviamente dependente de uma só manifestação de vontade.

Mais recentemente, Menezes Cordeiro veio considerar que: “*O tema da natureza contratual ou, eventualmente, unilateral da fiança deve ser colocado no plano do seu tipo legal, constante dos artigos 627º a 654º*”⁸⁹. Para este autor, devem ser afastadas não só as referências estrangeiras sobre a questão, como por exemplo, o facto de o BGB referir de modo expresse a natureza contratual da fiança (parágrafo 765); mas também o paralelo que se faz com o aval, pois ao contrário da fiança, esta figura surge como garantia cambiária; além da problemática suscitada pelo art.º 457º, porquanto se resultar dos arts. 627º a 654º que a fiança é ou pode ser unilateral, temos um caso previsto na lei, satisfazendo-se, assim, a literalidade daquele preceito⁹⁰.

Nestes termos, defende então o autor, da leitura dos preceitos referentes ao regime geral fiança, evidencia-se uma clara opção linguística pela unilateralidade, como por exemplo, o n.º 1 do art.º 627º que determina: o fiador garante a satisfação do direito de crédito; bem como o n.º 1 do art.º 628º, cujo texto alude: a vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada. E não só, em momento algum se faz referência ao consentimento ou conhecimento do credor, além de verificar-se que a lei valida opções unilaterais do fiador, como a renúncia ao benefício da excussão. Em jeito de reforço, o n.º 2 do art.º 628º desconsidera a vontade do devedor⁹¹.

Assim, na sequência desta linha de argumentação, Menezes Cordeiro esclarece que a pessoa ao fazer uma declaração de fiança, entende-se enquadrada, no mínimo, no n.º 1 do art.º 458º do CC, que dispõe: “*Se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário*”. Assim, logo à partida, e até prova em contrário, considera-se que houve um contrato. Em suma, resultante desta disposição, claramente este autor

Crítica, ob. cit., p. 110; o mesmo autor, em Garantias bancárias. Natureza, RDES, 1995, pp. 456-457. Veja-se ainda nesta linha de pensamento, Ac. da RC de 5 de Julho de 1989; Ac. STJ de 11 de Fevereiro de 1988; Ac. do STJ de 8 de Junho de 1993; Ac. do STJ de 27 de Maio de 2003, disponíveis em www.dgsi.pt, visualizado em 13 de Janeiro de 2015.

⁸⁹ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 452.

⁹⁰ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 452.

⁹¹ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 453.

defende que em face dos preceitos legais, a fiança pode ser prestada mediante contrato ou simples acto unilateral⁹².

Em sentido contrário, no entanto, aponta-se a posição defendida por Henrique Mesquita que também dedicou uma atenção especial a questão da estrutura negocial da fiança e sustentou a nulidade da garantia fidejussória prestada por declaração unilateral. Para este autor, a necessidade de a fiança ser prestada por meio de contrato resulta do princípio do contrato ou do *numerus clausus*, previsto no art.º 457º do CC; ou seja, a admissibilidade do negócio unilateral como fonte autónoma de obrigações, tem carácter excepcional; e não figurando a fiança no elenco das excepções que lei admite a tal princípio, a fiança prestada por declaração unilateral é nula⁹³.

Ora, se acentuarmos esse facto, parece-nos que a solução para o problema da estrutura negocial da fiança passa pelo entendimento de se invocar o regime constante do art.º 457º do CC, segundo o qual a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei. Por ser assim, colocando de fora as situações relacionadas com a promessa pública e o testamento, entre outros, as obrigações não podem ter por fonte um negócio unilateral. Aliás, na verdade desconhecemos a existência de qualquer preceito na lei que admita a constituição da fiança apenas com a declaração do fiador. Mas isso bem se compreende, pois como afirma Antunes Varela: “*A única explicação convincente do princípio do contrato assenta no facto de não ser razoável (fora dos casos especiais previstos na lei) manter alguém irrevogavelmente obrigado perante outrem, com base numa simples declaração unilateral de vontade, visto não haver conveniências práticas do tráfico que o exijam, nem quaisquer expectativas do beneficiário dignas de tutela, anteriormente à aceitação, que à lei cumpra salvaguardar.*”⁹⁴.

⁹² Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 453-454.

⁹³ Henrique Mesquita, Fiança, in CJ, ano XI, 1986, t. IV, pp. 23-29; Manuel Januário da Costa Gomes, A Estrutura Negocial da Fiança e a Jurisprudência Recente, in Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Lex, s/d vol. I, p. 323 ss; Manuel Januário da Costa Gomes, Estudos de Direito das Garantias, A questão da estrutura negocial da fiança revisitada, vol. II, Almedina, 2010, pp. 7-30. Contudo, não se deixa de sublinhar que, Dias Ferreira, ainda na vigência do CS já defendia que a fiança devia ser prestada por meio de contrato. Veja-se, Código Civil Portuguez anotado, 1ª edição, vol. II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1871, p. 114; no mesmo sentido, L. P. Moutinho de Almeida, Espécies de Fiança, in ROA, Ano 24, 1964, pp. 1-2; Humberto Lopes, Da extinção da fiança, in Jornal do Fôro, Ano 24, p. 271.

⁹⁴ Antunes Varela, Das obrigações em geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 486; Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 457º, p. 439.

II - Perante esse quadro, dúvidas não restam a respeito, valorizando-se aqui não só a posição tomada por Henriques Mesquita, mas também a posição assumida por Januário da Costa Gomes, para quem o negócio constitutivo da fiança tem carácter bilateral; isto é, tem origem num contrato celebrado entre fiador e credor, sem que haja qualquer necessidade de consentimento – ou conhecimento – por parte do devedor, tornando-se até possível mesmo contra a sua vontade^{95 96}. Como quer que seja, esta situação vem referida no n.º 2 do art.º 628º do CC⁹⁷. Todavia, tal negócio pode também ser concluído entre o fiador e devedor, mas nesse caso revestirá a natureza de um contrato a favor de terceiro (credor)⁹⁸. Para lá disso, é ainda possível constituir a fiança entre o credor, o devedor e fiador, mas manifestamente nestas situações encontramos-nos perante um contrato plurilateral⁹⁹.

Nestes termos, tal como argumenta Januário da Costa Gomes, a invocação do regime constante no n.º 2 do art.º 628º do CC para justificar que a fiança resulta de declaração unilateral, é uma gritante recusa em distinguir a estrita relação de fiança da complexa operação de fiança. Claramente, o n.º 2 do art.º 628º deixa claro que a prestação de fiança coloca-se no âmbito da relação externa (*stricto sensu*) entre o fiador e o credor, pelo que não supõe o acordo do devedor. Por consequência, se conclui que a falta de consentimento do devedor não significa, *de per si*, a dispensa do contrato que, como já vimos, é tipicamente celebrado entre o fiador e o credor¹⁰⁰.

⁹⁵ Cfr., Manuel Januário da Costa Gomes, A Estrutura Negocial da Fiança e a Jurisprudência Recente, vol. I, ob. cit., p. 323 e ss; Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 388. No mesmo sentido, Galvão Telles, Garantia Bancária Autónoma, in ODir 120, 1988, p. 284; Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 889; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantias de Cumprimento, ob. cit., p. 85; Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pp. 107-108; Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., p. 85; Ac. do STJ de 11 de Fevereiro de 1988; Ac. de 2 de Março de 1989; Ac. do STJ de 21 de Setembro de 1993; Ac. de 30 de Outubro de 2001; Ac. de 27 de Maio de 2003.

⁹⁶ Veja-se neste sentido, Ac. do TRL de 15 de Maio de 2007; Ac. do STJ de 10 de Novembro de 2011, disponível em www.dsgi.pt, visualizado em 07 de Agosto de 2017.

⁹⁷ Note-se que o facto de se possibilitar a constituição a fiança sem o consentimento do devedor ou mesmo contra a sua vontade, por via do n.º 2 do art.º 628º, não significa, *de per si*, a dispensa de um contrato, que, tipicamente, tem lugar entre o credor e fiador.

⁹⁸ Cfr., Henrique Mesquita, Fiança, Colectânea de jurisprudência, ano XI, 1987, §1º; Almeida Costa, ob. cit., p. 892.

⁹⁹ Neste sentido, Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., pp. 107-108; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantias de Cumprimento, ob. cit., p. 90; Miguel Brito Bastos, Deveres acessórios de informação – em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador, Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013) números 1 e 2, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, pp. 181-281, p. 185-188.

¹⁰⁰ Veja-se, Manuel Januário da Costa Gomes, Estudos de Direito das Garantias, A questão da estrutura negocial da fiança revisitada, ob. cit., pp. 19-21; Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 378-379; Manuel Januário da Costa Gomes, A Estrutura Negocial da Fiança e a Jurisprudência Recente, vol. I, ob. cit., p. 326 e ss. e 342 e ss.

III - Indo um pouco mais longe, em nosso sentir, não se pode afirmar que a falta de consentimento do devedor constitui uma ofensa ao princípio *in vito non datur beneficium*, na medida em que não é o devedor a beneficiar da fiança, mas antes o credor. Efectivamente, o vínculo realiza-se entre o fiador e o credor, independentemente da anuência do devedor da obrigação principal.

Nesta senda, servimo-nos do momento para referir que na doutrina brasileira, ainda na vigência do CCB 1916, eram duas as correntes de confronto. Para uma, de certa forma representada por Washington de Barros Monteiro, defendia-se que a fiança era um contrato unilateral, pois o fiador obrigava-se para com o credor, mas este nenhum compromisso assume em relação àquele¹⁰¹. A corrente contrária, na qual encontramos Clóvis Beviláqua, defendia que a fiança é um contrato bilateral imperfeito, porque se o fiador viesse a pagar, sub-rogar-se-ia nos direitos do credor primitivo, tendo direito a interpor uma acção contra o afiançado para ser ressarcido em virtude daquilo que despende por causa deste¹⁰². Nos dias que correm, seguindo a primeira corrente, Sílvio de Salvo Venosa considera que a fiança é um contrato unilateral, pois dá origem a obrigações apenas para o fiador; no entanto, assume este autor que grande parte da doutrina considera a fiança um contrato bilateral imperfeito, mostrando-se ter sido esta a posição inicialmente defendida por Clóvis Beviláqua¹⁰³.

No AUOG da OHADA, o parágrafo segundo do art.º 14º tem o mérito de revelar explicitamente a natureza contratual da fiança ao caracterizá-la como um contrato celebrado entre credor e fiador, não oferecendo margem para dúvidas. Claramente segue as pegadas do 2291º do *code*¹⁰⁴.

3.4. O fiador como devedor

I – Outra questão colocada frequentemente à mesa de debate, é de se saber se a obrigação do fiador tem existência própria.

Na doutrina espanhola, Alventosa Del Río defende: “*O artigo 1822º do CC ao referir-se a fiança, estabelece que em virtude dela se obriga um terceiro a pagar no caso de o devedor o não fazer. Se a fiança faz nascer uma obrigação para o fiador*

¹⁰¹ Veja-se, Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, 2ª Parte, vol. 5º, Ed. Saraiva, São Paulo, 1981, p. 378.

¹⁰² Veja-se, Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 378.

¹⁰³ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. III, ob. cit., p. 391.

¹⁰⁴ Ravazzoni, Fideiussione (Diritto Civile), ob. cit., p. 255; Fragali, Fideiussione, ob. cit., p. 350.

frente ao credor, esta implica a existência de uma dívida, pois, como sabemos, a obrigação é uma correlação entre o crédito e a dívida unidos por um vínculo jurídico, de maneira que a existência de qualquer destes elementos determina a existência da obrigação; [...] pelo que, parece claro que o fiador é um devedor¹⁰⁵. No mesmo sentido, Hernández Gil afirma que o fiador: “*não contrai uma mera responsabilidade, mas também uma dívida.*”¹⁰⁶. Diz ainda este último autor, que a dívida não recai unicamente sobre o devedor principal, mas também sobre o fiador, igualmente devedor; avançando, contudo, existir uma clara diferença de grau ou de ordem, pois enquanto um é devedor de primeiro grau, neste caso o devedor principal, o outro é devedor de segundo grau, o subsidiário; embora mais que subsidiário o fiador é devedor acessório¹⁰⁷. Acresce por sua vez Díez-Picazo, que ao assinalar-se a existência de uma diferença de graus entre o devedor e o fiador, não é uma diferença substancial ou qualitativa¹⁰⁸. Considera-a uma ténue diferença que não deixa de servir de base para identifica-las em sede da relação constituída.

Entre nós, ainda na vigência do CS, já argumentava Vaz Serra: “*Ao lado da obrigação do devedor, fica existindo uma obrigação do fiador. Este não sujeita apenas o seu património ou parte dele (como no caso de penhor ou hipoteca constituídos por terceiro): obriga-se pessoalmente, como qualquer outro devedor, e, se o seu património fica sujeito, não é isso mais do que um corolário da obrigação que assumiu.*”¹⁰⁹. Salientava ainda este autor, que o fiador ao efectuar a prestação, não cumpre somente a obrigação principal, cumpre ao mesmo tempo, a sua obrigação pessoal; ou seja, o fiador não promete pagar se o devedor não cumprir – ele pode assegurar ao credor o cumprimento da obrigação principal por meio diferente do pagamento pessoal –, e não promete pagar pelo devedor principal; ele paga a sua própria dívida, embora fazendo-o pague também a do devedor. Contudo, a obrigação do fiador é acessória, pois visa garantir o resultado do cumprimento da obrigação principal¹¹⁰.

Em sentido semelhante, mas na vigência do CC de 1966, Antunes Varela considera “*O fiador, ao contrário do que sucede com o terceiro que constitui uma*

¹⁰⁵ Josefina Alventosa Del Rio, La fianza, ob. cit., pp. 100-102.

¹⁰⁶ António Hernández Gil, Derecho de Obligaciones, t. I, ob. cit., p. 84. No mesmo sentido, Jose Ferrandis Vilella, Notas al Tratado de Derecho Civil de Ludwig Enneccerus, t. II, vol. I, p. 805; Anna Casanovas Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, Bosh Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1984ob. cit., p. 19.

¹⁰⁷ António Hernández Gil, Derecho de Obligaciones, t. I, ob. cit., p. 84.

¹⁰⁸ Luis Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t. I, ob. cit., p. 355.

¹⁰⁹ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 6.

¹¹⁰ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 6-7.

*hipoteca ou um penhor sobre os seus bens a favor do credor, é verdadeiro devedor do credor. Mas a obrigação que o fiador assume é acessória da que recai sobre o obrigado, visto que ele apenas garante que a obrigação (afiançada) do devedor será satisfeita. A obrigação que ele assume é a obrigação do devedor”*¹¹¹.

Para Menezes Cordeiro “A obrigação do fiador é tratada, pela lei, com autonomia. Apesar da colagem de regimes induzida da acessoriedade, o fiador encabeça, pelo lado passivo, uma obrigação própria, com uma prestação diferenciada”¹¹². Refere ainda este autor, que tal solução não podia ser diferente, porquanto mostrar-se-ia sem nenhum sentido as características da acessoriedade e da subsidiariedade se a obrigação do fiador não fosse autónoma¹¹³.

Por sua vez, Januário da Costa Gomes, observa: “Apesar do nexo funcional existente entre as duas obrigações, da permanente correlação entre ambas, da projecção qualitativa da obrigação do devedor sobre a do fiador, este é um devedor diverso daquele, nessa medida autónoma, devendo a sua própria prestação, que tem causa própria e origem num título diverso”¹¹⁴. Considera ainda este autor, que a dívida de fiança tem a peculiaridade de, pela técnica da acessoriedade, moldar-se nos termos da dívida principal; contudo, esta moldagem não transforma o fiador em devedor da prestação do devedor principal ou num mero “responsável pelo cumprimento da obrigação do devedor”; o fiador só é responsável pelo cumprimento da obrigação do devedor na medida em que, sendo o devedor responsável, ele assumiu um dever de cumprir especialmente conotado com o dever de cumprir do devedor. O fiador passa a dever o mesmo (*o idem*) que deve o devedor e não aquilo (*id*) que por este é devido”¹¹⁵.

Em posição contrária Gomes da Silva afirma: “[...] não obstante as garantias pessoais serem obrigações assumidas ou impostas por terceiros, estes não se consideram verdadeiros devedores”¹¹⁶.

Pois bem, em nossa modesta opinião, parece ser de aceitar que a obrigação do fiador tem existência própria, pois o fiador é um verdadeiro devedor, ainda que de

¹¹¹ Antunes Varela, Das obrigações em geral, II⁷, ob. cit., p. 479.

¹¹² Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 443.

¹¹³ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 442.

¹¹⁴ Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., pp. 130-131.

¹¹⁵ Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., pp. 123-131.

¹¹⁶ Manuel Duarte Gomes da Silva, Conceito e Estrutura da Obrigação, Lisboa, 1943, p. 66.

forma acessória¹¹⁷. Efectivamente, este tem, como já referimos, o dever de prestar ao credor, embora a sua função seja apenas de garantir a efectivação da prestação pelo devedor. Convém, por isso, lembrar mais uma vez, que a situação do fiador é a de garante da obrigação com o seu património pessoal. Por outras palavras, o fiador é verdadeiro devedor, mas bem diverso do devedor principal; contudo, encontra-se obrigado ao cumprimento de uma obrigação que poderá resultar em consequências negativas para o seu património. No entanto, o rigor não dispensa que a sua própria prestação tem causa e origem num título diferente.

Assim, não há razão para negar a existência de duas obrigações: a do devedor, tida como principal, e a do fiador, denominada de acessória¹¹⁸.

3.5. A forma da fiança

I – O n.º 1 do art.º 628º determina: “*A vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal.*”

Para efeitos de análise, podemos confrontar o citado preceito com o previsto no § 766 do BGB, cujo enunciado prevê: “*Para que o contrato de fiança seja válido, é necessário que a comunicação da declaração de fiança seja emitida na forma escrita. A comunicação da declaração de fiança não pode ser feita por via electrónica. Se o fiador cumprir a obrigação principal, a falta de forma fica sanada*”¹¹⁹.

Cumpre, no entanto, referir que para a doutrina alemã, “*Dar fiança é uma operação muito aventureira, porque na maioria dos casos é contraída com esperança de que o devedor principal cumprirá por si a sua obrigação, julgando-se, portanto, poder fazer-lhe a vontade sem prejuízo algum. Por isso e para que o fiador tenha consciência da importância do acto, o §766 exige para a validade do contrato que a fiança seja*

¹¹⁷ Alfredo Calderale, entende que: “[...] o fiador não é devedor mas mero garante da obrigação do devedor”. Cfr., *Autonomia Contrattuale e Garanzie Personali*, Caducci Editore, Bari, 1999.

¹¹⁸ Veja-se neste sentido, Ac. da RG de 18 de Janeiro de 2006; Ac. da RC de 7 de Outubro de 2008; Ac. da RC de 19 de Dezembro de 2012, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 7 de Agosto de 2017.

¹¹⁹ O § 766 do BGB dispõe: “*For the contract of suretyship to be valid, the declaration of suretyship must be issued in writing. The declaration of suretyship may not be made in electronic form. If the surety discharges the main obligation, the defect of form is remedied*”.

assumida por escrito”¹²⁰. Contudo, faz ver que a exigência da forma apenas se cinge a declaração do fiador, ao passo que o credor pode fazê-lo consensualmente¹²¹.

Na Itália, o *codice* limita-se a dispor no art.º 1937º que deve ser expressa a vontade de prestar fiança (*La volontà di prestare fideiussione deve essere espressa*). Afirmo o mesmo Alberto Giusti. Diz o autor, que deve resultar de uma declaração precisa nesse sentido ou por meio de comportamento inequívoco e certo¹²². Em sentido semelhante, Fragali defende que a vontade de prestar fiança deve ser efectivada de forma clara e inequívoca, sem necessidade de qualquer fórmula sacramental ou a forma escrita¹²³. Por sua vez, Scalisi afirma que mesmo no caso da declaração de fiança tomar ou não a forma escrita, sempre deve ser inserida no âmbito do art.º 1937º, visto que tanto a escrita ou o comportamento manifestado em consentir o vínculo, são idóneos de representar um significado¹²⁴.

Deste modo, para a generalidade da doutrina italiana mostra-se eficaz para a existência do vínculo fidejussório qualquer meio (escrito, acenos, gestos) que a vida prática ou os hábitos do sujeito indiquem como aptos para exteriorizar a vontade interna do sujeito, desde que tal comportamento seja certo e inequívoco¹²⁵.

No direito brasileiro, por sua vez, o art.º 819º do CCB determina que: “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”. A redacção é a mesma do art.º 1483º do CCB de 1916, sem qualquer alteração, nem mesmo de ordem redaccional.

Assente nisso, entende parte da doutrina brasileira, mesmo na vigência do CCB de 1916, que a fiança é dada por escrito, mas “[...] não impõe maior solenidade, podendo ela constar de instrumento público ou particular, de simples carta, declaração ou outro documento, em que se mencionarão modalidade e extensão, sem exigência de termos sacramentais. Todavia não pode ser admitida como fiança a declaração constante de documento que não apresente os requisitos peculiares ao seu teor

¹²⁰ Ludwig Enneccerus, Heinrich Lehmann, Derecho de Obligaciones, Doctrina Especial, vol. II, Editorial Bosch, 1966, traduzido por Blas Pérez González, José Alguer, § 188º (§ 411º).

¹²¹ Enneccerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones, Doctrina Especial, vol. II, ob. cit., § 188º (§ 411º).

¹²² Alberto Giusti, La fideiussione e il mandato di credito, vol. XIII, t. 3, Milano, Giuffrè Editore, 1998, pp. 88-89.

¹²³ Michele Fragali, Delle Obligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 184; Ravazzoni, La fideiussione, ob. cit., p. 116.

¹²⁴ Scalisi, Manifestazione in senso stretto, in Enc. Dir., XXV, Milano, 1975, pp. 476 e 527; no mesmo sentido, Francesco Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, editore Jovene, edizione 9º, p. 139 ss.

¹²⁵ Fragali, Delle Obligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 184.

jurídico”¹²⁶. Em sentido aproximado, Carvalho de Mendonça afirmava que a fiança: *“Nem se presume, nem tão pouco se amplia além dos termos em que foi contratada; não é admissível, portanto, a fiança tácita, e na dúvida se entenderá que é antes recomendação que fiança.”*¹²⁷.

Nos dias mais próximos, Sílvio de Salvo Venosa afirma que a declaração de fiança: *“É, porém, formal em nosso direito, diferentemente de sistemas alienígenas, porque necessita de ser escrita: exige-se que a manifestação de vontade do fiador seja expressa e inequívoca. A fiança resulta, portanto, de um contrato escrito; não se presume. Desse modo, inadmissível a fiança verbal, ainda que o contrato ou obrigação garantida possam sê-lo*¹²⁸. Em sentido semelhante, Sílvio Rodrigues sustenta que o contrato de fiança é solene pela necessidade de resultar de um acto escrito¹²⁹. Para Ari Ferreira de Queiroz: *“[...] razão não o assiste, porém, porque não há solenidade alguma, como se exige com o casamento ou com as escrituras públicas em geral”*¹³⁰.

De qualquer modo, a generalidade da doutrina defende que a fiança pela sua natureza depende de forma escrita, sem exigir, contudo, determinada forma especial para a prestação da garantia.

Relativamente à forma, merece referência a posição do §2º do art.º 14º do AUOG da OHADA, quando determina expressamente que o contrato de fiança deve ser reduzido a escrito, nele devendo constar a assinatura das partes e a indicação por extenso e por algarismos, do montante garantido¹³¹. Esta norma, note-se, é claramente inspirada no art.º 22º do COCC senegalês¹³².

No entanto, acresce o § 3º do citado preceito, que na eventualidade do fiador não puder ou não souber escrever, deve fazer-se acompanhar de duas testemunhas que atestam o seu conhecimento sobre os riscos da fiança. Sem sombra para dúvidas, este preceito foi elaborado tendo em consideração os elevados níveis de iliteracia em

¹²⁶ Veja-se, Revista Forense: Doutrina, Legislação e Jurisprudência, Rio de Janeiro, Ed. Forense, n.º 90, p. 785; no mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 381.

¹²⁷ Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Contratos no Direito Civil Brasileiro, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 376.

¹²⁸ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. III, ob. cit., p. 393.

¹²⁹ Sílvio Rodrigues, Direito Civil, Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, v. III, 30ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 371.

¹³⁰ Ari Ferreira, Direito Civil, Direito das Obrigações, Goiânia, Ed. Jurídica IEPC, 1999, p. 188.

¹³¹ Tal norma inspira-se no art.º 22º do COCC do Senegal.

¹³² Veja-se neste sentido, Salvatore Mancuso, Direito Comercial Africano, ob. cit., n.º 28, p. 288.

África¹³³. Inclusivamente, o art.º 20º do COCC do Senegal vai mais longe e prevê tal possibilidade também para o devedor principal¹³⁴. Ora, por conta disso, bem se compreende os factos receados resultantes da qualidade de quem é fiador, já que pelo próprio documento se deve dar conhecimento do perigo de perda ou prejuízo no emprego da fiança, evitando-se assim imprudências.

Com este propósito, tal disposição acabou por sanar as dúvidas levantadas pela doutrina, na vigência do anterior Acto Uniforme, no qual questionavam se o termo “[...] *ser expressamente declarada*”, constante do art.º 4º, significava que o contrato de fiança devia ser constituído por meio de instrumento público¹³⁵. Contudo, o art.º 14º do AUOG da OHADA retirou a mencionada expressão, exigindo apenas a necessidade de se proceder às assinaturas de ambas as partes no documento de fiança, sob pena de se incorrer numa nulidade. Porém, tal consagração levanta a questão de o legislador da OHADA ter criado a figura da fiança sinalagmática, visto não se entender a necessidade da exigência da assinatura do credor que até se revela pouco coerente com a agilidade da fiança, sobretudo as bancárias.

Ainda assim, seguindo os mesmos passos da doutrina francesa¹³⁶, Salvatore Mancuso considera que esta exigência não é suficiente para determinar a natureza sinalagmática da fiança. Até porque, da análise ao AUOG, permite-se concluir simplesmente pela exigência de uma obrigação de informação a cargo do credor nos termos dos arts.º 23º e 24º do citado diploma¹³⁷.

Entre nós, ainda na vigência do CS, o art.º 828º determinava: “*Para haver abonação, é necessário que seja dada em termos claros, expressos e positivos*”. Segundo Vaz Serra, o referido articulado era extensivo à fiança do devedor principal¹³⁸. No entanto, argumentava este autor: “[...] *não é fiança algum parecer dado por terceiro a respeito da fortuna ou honestidade do devedor; ou a apresentação do devedor por terceiro ao futuro credor; ou o simples pedido de que seja concedido um*

¹³³ No comentário ao Acte Uniforme du 17 Avril 1997 portant Organisation des Sûretés, in “OHADA – Traité el Actes Uniformes commestés et annotés, coordenado por Joseph Issa-Sayeg, Paul Gérard Pougoué, Filipa Michel Sawadogo, com participação de François Anoukaha, Anne-Marie Assi-Eso, Pierre Meyer, Josette Nguebou-Toukam, Jacqueline Lohoues-Oble, Souleymane Sere e Akuété Santos, 2ª edição, Juriscope, Paris, 2002, p. 626.

¹³⁴ Salvatore Mancuso, Direito Comercial Africano, ob. cit., n.º 29, p. 288.

¹³⁵ Veja-se, François Anoukaha, Le droit des sûretés dans l’Acte uniforme OHADA annoté et commenté, 1999, p. 35.

¹³⁶ Cfr., Michael Cabrillac e Christien Mouly, Droit des garanties, 8ª ed., Paris, Lexis Nexis Litec, 2007, p. 57 ss.

¹³⁷ Salvatore Mancuso, Direito Comercial Africano (OHADA), Almedina, 2012, p. 289.

¹³⁸ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 33.

empréstimo a terceira pessoa.”¹³⁹; pois, revela o mesmo autor: “*A fiança pode ser altamente prejudicial para o fiador e constitui para ele um grave perigo, porque o fiador se obriga muitas vezes confiando em que não terá de cumprir. Espera que o devedor o faça, e pode, portanto, ser levado, com a leviandade, a afiançá-lo. Impondo-se por escrito, só a declaração do fiador teria de ser, visto tal motivo, por escrito, não a do credor; e, se o fiador cumprir a obrigação, a falta de forma ter-se-ia como sanada, pois este cumprimento representa da sua parte um facto ainda mais importante do que a assunção por escrito da fiança, no sentido de chamar a atenção para a gravidade do acto.*”¹⁴⁰. Claramente, para Vaz Serra a declaração de fiança tinha de seguir a forma escrita, mesmo que a obrigação principal fosse verbalmente constituída; e, consequentemente, no escrito da fiança deveriam constar os elementos fundamentais desta, isto é, a vontade de prestar fiança, a obrigação afiançada e a indicação do credor, caso a obrigação afiançada não a contiver^{141 142}.

Notoriamente, a exigência da forma escrita para a prestação de fiança proposta por Vaz Serra, é inspirada no §766º do BGB e no art.º 493º do Código Suíço, chegando mesmo a transpor para o seu Anteprojecto, no qual o n.º 1 do art.º 5º enunciava: “*A declaração de prestar fiança deve ser clara e por escrito, mas, se o fiador cumprir a obrigação, fica sanada a falta de forma escrita [...]*”¹⁴³.

No entanto, a posição de Vaz Serra não foi acolhida pelo CC de 1966, pois como vimos o legislador impõe apenas que a declaração de fiança seja expressa e adopte a forma exigida para a obrigação principal (n.º 1 do art.º 628º)¹⁴⁴. Desta maneira, de certa forma manteve a posição constante do CS, na qual se impunha a necessidade do carácter expresso da declaração, acrescentando apenas a necessidade duma formalidade específica quando tal seja exigido para a obrigação principal. Assim, afastou-se literalmente do

¹³⁹ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 33.

¹⁴⁰ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 37.

¹⁴¹ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 39.

¹⁴² Por sua vez, Humberto Lopes, afirmava: “*Ainda que, à primeira vista, nos repugne a fiança verbal, tendo em devida consideração a miséria comum da prova testemunhal, a verdade é que o art.º 826º não distingue, e é expresso [...], de modo que somos forçados a, nesta hipótese, dar como válida a fiança verbal*”. Veja-se, Da extinção da fiança, Jornal do Foro, 1960, p. 285; o mesmo autor em, Observações sobre o anteprojecto do direito das obrigações, in JF 25, 1961, p. 81.

¹⁴³ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 291.

¹⁴⁴ No mesmo sentido vai a jurisprudência maioritária, cfr. Ac. do STJ de 14 de Março de 2002; Ac. do STJ de 26 de Novembro de 2002; Ac. do STJ de 26 de Outubro de 2010; Ac. da RL de 13 de Outubro de 2009; Ac. RC de 29 de Novembro de 2011, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

modelo alemão no requisito forma, aproximando-se do italiano, embora este não coloque a exigência da forma quando tal seja exigido para a obrigação principal.

Para Januário da Costa Gomes, “*A própria fragilidade lógica do sistema legal de forma aliada à milenarmente sentida necessidade de avisar e proteger o fiador, deveria ter funcionado como impulso do legislador no sentido de exigir, no mínimo, claramente, a redução a escrito para todas as fianças. A solução literal do art.º 628/1, adoptada em homenagem à acessoriedade da fiança aparece, assim, como uma solução pouco razoável, já que não satisfaz, como devia, o objectivo de prevenir o fiador da “armadilha” da fiança*”¹⁴⁵. Segundo este autor, deve exigir-se no mínimo a redução a escrito da fiança tanto nas situações-tipo, como nas fianças prestadas por bancos, independentemente do fiador ser “profano” ou profissional; nas fianças prestadas a favor dos bancos, as fianças prestadas por não profissionais a favor de profissionais, nas fianças prestadas para um conjunto de operações e, em geral, nas fianças *omnibus*. Assim, não obstante o conteúdo do n.º 1 do art.º 628º, a necessidade de uma forma mínima para certas fianças justifica-se pelo facto de ela ser um negócio de risco¹⁴⁶. Dentro deste entendimento, acresce ainda Januário da Costa Gomes, mostrar-se indispensável conhecer o fiador *ex ante*, mediante leitura da sua declaração, o nível de risco que vai assumir e, posteriormente, acompanhar passo a passo, através da análise à sua declaração, o nível de risco já assumido. Em suma, defende este autor o princípio da necessidade de uma forma especial, no mínimo a redução a escrito, quando a lei não exige forma mais solene. No entanto, admite a constituição de fianças verbais nas situações em que sejam prestadas por particulares para operações singulares ou dentro das brechas facultadas pelas situações tipo entre profissionais e também para operações específicas¹⁴⁷.

Mais recentemente Menezes Cordeiro defendeu que o CC de 1966 não exige, como deveria, a forma escrita para a vontade de prestar fiança. Assim, atenta a sua “[...] *gravidade e a claríssima opção normativa de acautelar o fiador levam-nos a afastar declarações tácitas ou comportamentos concludentes, como forma de assumir fiança*”¹⁴⁸.

Neste passo, estando a forma da declaração dependente da forma da obrigação principal, poderá a fiança ser prestada verbalmente sempre que não seja imposta forma

¹⁴⁵ Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., p. 435.

¹⁴⁶ Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., p. 447-448.

¹⁴⁷ Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., p. 448-449.

¹⁴⁸ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., pp. 457-458.

solene para a primeira. Por ser assim, inquestionavelmente se impõe que a declaração de fiança siga a formalidade mais exigente quando a forma da obrigação garantida exhibir dada exigência relativamente à simples forma escrita¹⁴⁹. Mas este argumento tem o seu óbice.

Colocado o problema nesta perspectiva, podemos observar que a forma exigida para a fiança é a mesma forma julgada necessária para constituição da obrigação garantida. Nesta sede, aparentemente o legislador estabeleceu uma espécie de equiparação entre a obrigação garantida e a obrigação fidejussória. No entanto, tal solução, como podemos observar, não tem qualquer equivalência nos ordenamentos jurídicos de outros países. Assim, em linha com a posição defendida por Januário Gomes, existe a necessidade de, em certas circunstâncias (nas situações-tipo), reduzir no mínimo a fiança à forma escrita, considerada a necessidade de se assegurar maior protecção ao fiador, que pode não ter previsto e ponderado razoavelmente todos os contornos emergentes desta relação.

II - Por sua vez, dando um pouco mais de amplitude a esta discussão, é pacificamente reconhecido pela maioria da doutrina que a exigência prevista do n.º 1 do art.º 628º do CC, apenas diz respeito à declaração do fiador e não à declaração da outra parte do contrato de fiança, seja ela o credor ou devedor¹⁵⁰. Elucidativamente, tal solução advém do BGB; mas ela justifica-se inteiramente, pois as preocupações com o risco inerentes à prestação de fiança encontram-se bem melhor acauteladas se tais exigências forem somente feitas ao fiador, visto ser este e não o credor quem retira ou disfruta das vantagens. Contrariamente, ao exigirem-se tais formalidades de ambas as partes, cria-se uma situação pouco harmónica com a flexibilidade e praticabilidade da fiança. À conta de tal observação, será correcto afirmar que não existe nenhum preceito na lei a impedir a aceitação da fiança pelo credor, enquanto declaração negocial, podendo ela ser manifestada de qualquer maneira, mesmo até de forma tácita se deduzida de factos que, com toda a probabilidade, a revelem (n.º (s) 1 e 2 do art.º 217º e art.º 219º, ambos do CC). A ser assim, parece-nos que, nas situações em que, por

¹⁴⁹ Cfr., Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 334; neste mesmo sentido, o Ac. do STJ de 22 de Abril de 2004, disponível em www.dsgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

¹⁵⁰ Entre outros, Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 388; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 86; Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 109; Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, ob. cit., p. 86. Adoptando posições semelhantes, em outros ordenamentos jurídicos veja-se Fragali, *Delle obbligazioni. Fideiussione*, ob. cit., p. 182; Giuseppe Bozzi, *La fideiussione*, Milão, Giuffrè Editore, 1995, p. 211; em Espanha, Moutón y Ocampo, Luis/Alier y Cassy, Lorenzo/Oliver Rodríguez, Enrique/Torres Balleste, *Enciclopedia Jurídica Española*, ob. cit., p. 240.

exemplo, o credor tenha recebido e guardado um termo de fiança e, mais tarde, apresentado o mesmo termo de fiança em juízo, tais factos revelam a aceitação tácita da fiança pelo credor, sendo certo que apenas a declaração do fiador carece de ser prestada por escrito e não a do credor a favor de quem ela é prestada¹⁵¹.

3.6. A natureza onerosa ou gratuita da fiança

I – Em suas origens o contrato de fiança sempre foi visto como um negócio puramente gratuito, despido de qualquer comercialidade, pois geralmente era prestado por pessoas tidas como próximas, familiares, amigos, colegas de trabalho, situação que por sinal até hoje se verifica em Portugal. Nesse cenário, o fiador era visto como indivíduo desinteressado no negócio e cabia-lhe somente auxiliar o devedor na obtenção de crédito¹⁵²; por essa razão beneficiava do *favor fideiussoris*¹⁵³.

Noutra vertente, para Ludwig Enneccerus, se o fiador garante a satisfação do direito de crédito mediante contrapartida, aplicam-se certamente as disposições referentes a fiança; contudo deturpar-se-ia a natureza desse contrato¹⁵⁴. Em sentido semelhante Louis Josserand defende que a fiança pactuada entre o fiador e o credor deve necessariamente ser gratuita; de contrário, a sua onerosidade transforma-a num contrato de seguro de crédito¹⁵⁵. Assim, para a doutrina francesa a fiança onerosa se desvirtua, convertendo-se num contrato de seguro de crédito, pois o fiador garante ao credor o risco de insolvência do devedor, e o valor pago pelo credor constitui um prémio ao fiador.

Consoante o direito espanhol, determina o art.º 1823º do CCE: “*La fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso*”. Assim, o contrato de fiança pode ser oneroso ou gratuito. Sendo oneroso, a retribuição ao fiador está a cargo do devedor principal, interessado na concessão do crédito para qual se exige a fiança, ou a cargo do credor, interessado em garantir o cumprimento da obrigação¹⁵⁶. No entanto,

¹⁵¹ Neste sentido, Ac. da RL de 15 de Maio de 2007; Ac. da RP de 13 de Abril de 2015; Ac. do STJ de 16 de Junho de 2015, visualizado em www.dgsi.pt, em 17 de Dezembro de 2017.

¹⁵² Cfr., Moutón y Ocampo, Luis / Alíer y Cassy, Lorenzo / Oliver Rodríguez, Enrique / Torres Balleste, Enciclopedia Jurídica Española, tomo XVI, Barcelona, Francisco Seix, 1910, p. 236.

¹⁵³ Neste sentido, Domenico Marasciulo, La fideiussione omnibus nella giurisprudenza, Milão, Giuffrè, 1999, p. 5.

¹⁵⁴ Ludwig Enneccerus, Tratado de derecho civil, tomo II, vol. II, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer, 35ª ed., Barcelona, Bosch, 1935, p. 462.

¹⁵⁵ Louis Josserand, Derecho civil, tomo II, vol. II, trad. De Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch, 1951, p. 412.

¹⁵⁶ Cfr., neste sentido Josefina Alventosa Del Río, La fianza, ob. cit., p. 93.

seguindo a posição da doutrina francesa, defende Casanovas Mussons que na situação do fiador se vincular em troca de remuneração para efeito, ocorre uma desnaturação da figura da fiança tanto jurídica como económica, pois o contrato de fiança projecta-se indistintamente em benefício do credor, que o veria anulado se existisse a dita retribuição; e naquelas situações nas quais o fiador se obriga mediante vantagem patrimonial a obter pelo credor, estar-se-ia diante de um verdadeiro contrato oneroso de fiança a favor de terceiro, embora a sua aplicação prática seja complicada. Mas este caso trata-se de uma situação isolada, pois a fiança constituída a favor de terceiro não é uma fiança unilateral típica. Conclui a autora que a obrigação típica de fiança rejeita a onerosidade¹⁵⁷.

Assim, a maioria da doutrina espanhola considera que a fiança é um contrato título gratuito, pois como adverte Alberto de Rovira Mola, o fiador somente poderá exigir remuneração na eventualidade de ser expressamente pactuado¹⁵⁸.

Entre nós, Guilherme Moreira afirmava que a fiança constitui um negócio jurídico por sua natureza gratuito, não tendo o fiador direito contra o devedor a nenhuma prestação pela responsabilidade assumida. No entanto, prossegue o autor, na eventualidade de se estipular o contrário, sendo a intervenção do fiador devida a qualquer prestação que receba do credor ou do devedor, estar-se-ia perante um contrato aleatório, visto ele estabelecer uma obrigação sinalagmática, que depende, em relação às vantagens possíveis a auferir pelas partes, da solvabilidade do devedor¹⁵⁹. Mas, anote-se, na visão de Cunha Gonçalves a gratuitidade da fiança “[...] *só dura enquanto o fiador se limita a garantir, sem nada desembolsar.*”; pois, na eventualidade de obrigarse a cumprir a obrigação fidejussória, a fiança passa a ser onerosa, tendo este o direito de regresso contra o devedor principal¹⁶⁰. Entretanto, para Paulo Cunha a gratuitidade da fiança seria apenas um elemento natural, e nunca um elemento essencial da garantia fidejussória, pelo que a estipulação de uma contraprestação em benefício do fiador em nada altera a estrutura do negócio, transformando-o num contrato típico distinto¹⁶¹.

Em sentido semelhante, Antunes Varela afirmava que a lei, propositadamente, nada diz sobre a natureza gratuita ou onerosa da fiança. Mas, em regra, a fiança é

¹⁵⁷ Anna Casanovas Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., pp. 76-81.

¹⁵⁸ Alberto de Rovira Mola, *Fianza*, NEJ, T. IX, Barcelona, 1958, p. 695.

¹⁵⁹ Guilherme Moreira, *Instituições do Direito Civil Português*, II, ob. cit., p. 298.

¹⁶⁰ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. V, ob. cit., pp. 157-158.

¹⁶¹ Paulo Cunha, *Da garantia nas obrigações*, II, p. 44; no mesmo sentido, Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. II⁷, ob. cit., pp. 480-481.

prestada gratuitamente, isto é, sem qualquer contraprestação especial destinada a retribuir a obrigação assumida pelo garante fidejussório. No entanto, nada obsta, tal como sucede na fiança *omnibus*, que a remuneração do fiador, recaia sobre o devedor ou sobre o credor¹⁶².

Desta forma, como se pode observar, frequentemente a utilidade prestada pelo fiador não lhe reserva qualquer benefício. Há apenas a sua generosidade. Assim, ele assume um sacrifício, sem que para tanto obtenha qualquer vantagem como contrapartida. Por isso mesmo, a fiança é prestada de forma desinteressada, porquanto o fiador nada ganha com a prestação desta garantia.

Contudo, em razão desta controvérsia, aos poucos a realidade foi-se alterando, e hoje muitos são os garantes que sentem a insatisfação de verem os seus bens executados para cumprimento da obrigação do devedor principal. Eis por que, muitos foram os que deixaram de se vincular pela simples afeição que demonstram pelo devedor e começaram a exigir benefícios ou recompensas pela prestação da garantia. Com isso, queremos dizer, que nada impede a fiança aparecer também como negócio oneroso, através da qual o fiador beneficia de uma remuneração. Efectivamente, julgamos possível este ser pago pelo devedor principal, pelo credor ou ainda por terceiros, mostrando-se até conveniente estipular tal remuneração no próprio contrato, porquanto admitimos ser uma forma de compensar determinados riscos pelos prejuízos ou perdas temidas.

Com efeito, em boa lógica, claramente a universalização dos negócios levou a que o fiador, muitas vezes, passe a ter um interesse pessoal na operação da qual resultam vantagens dos negócios do devedor. Para tanto, inclusivamente criaram-se empresas especializadas em prestar fianças mediante retribuição, o que sem dúvida abriu espaço para a fiança deixar de ser prestada gratuitamente¹⁶³.

Preocupado com tal realidade, Menezes Cordeiro foi mais longe. Assim em atenção aos interesses do fiador, distinguiu quatro situações: a fiança de favor, caracterizada como a fiança prestada por amabilidade, cortesia, se nada exigir em troca; a fiança de auxílio, talvez uma das mais comuns em Portugal, na qual é prestada por pessoas tidas como mais próximas, nomeadamente, pais e avós para obtenção de crédito

¹⁶² Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 631º, pp. 648-649.

¹⁶³ Veja-se Rodrigo Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário. Validade e exercício da garantia à luz do princípio de boa-fé, Coimbra Editora, 2009, pp. 97-104, ao qual aborda sobre o “[...] *mito da gratuitidade da fiança*”.

dos seus filhos ou netos, com vista à obtenção de casa própria, sem contudo receberem qualquer contraprestação; a fiança com interesse económico, decorrente daquelas situações em que o garante directa ou indirectamente está envolvido nos negócios do devedor, surgindo tipicamente como um gerente ou um sócio a servir de garante da sociedade para que esta possa contrair determinado crédito; por último, a fiança com interesse financeiro, na qual, em regra, surgem os bancos a conceder fianças remuneradas para diversos fins.

Deve, no entanto, salientar-se que nas duas primeiras situações a fiança apresenta-se gratuita; no terceiro caso ela é estruturalmente gratuita, embora o fiador mostre interesse no negócio; e na quarta, sem dúvida ela é onerosa¹⁶⁴.

4. Características da Fiança

I – Finalizados estes iniciais comentários sobre a fiança, é momento para nos debruçarmos sobre as suas específicas características.

Neste âmbito, deve sublinhar-se que a acessoriedade¹⁶⁵ e a subsidiariedade são referidas na generalidade da doutrina como características principais da fiança¹⁶⁶. Porém, só a primeira é de natureza essencial, uma vez não poder ser afastada por vontade das partes; ao passo que a subsidiariedade já pode ser afastada por declaração de vontade do fiador ou naqueles casos nos quais este se arrogue como “principal pagador”¹⁶⁷. Julgamos, no entanto, que a construção ou caracterização da acessoriedade nada tem a ver com a subsidiariedade, independentemente do conceito conferido a esta

¹⁶⁴ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 460.

¹⁶⁵ Neste aspecto, observa Januário da Costa Gomes que: “No caso da fiança, o legislador optou por focar a acessoriedade relativamente ao lado passivo – ao débito fidejussório – mas poderia ter tido outra opção, com idêntica legitimidade, acentuando a acessoriedade do direito de garantia – do crédito fidejussório – relativamente ao crédito principal”. Cfr., Assunção Fidejussória da Dívida, ob. cit., p. 108. Note-se que o legislador também enveredou pela perspectiva do lado passivo no conceito de obrigação estatuído do art.º 397º do CC.

¹⁶⁶ Todas as garantias especiais são subsidiárias, o que significa que o garante só pode ser chamado a responder no caso de o devedor principal não cumprir a obrigação. Contudo, parece-nos que a consignação de rendimentos é a única garantia não subsidiária, pois não se torna deste modo necessário o incumprimento do devedor para o credor garantido, através dos seus rendimentos, proceder a extinção parcial ou total do seu crédito.

¹⁶⁷ Dentre outros, veja-se Menezes Leitão, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 336. Na jurisprudência veja-se, Ac. do STJ de 6 de Maio de 2004; Ac. do STJ de 13 de Maio de 2008; Ac. da RG de 15 de Novembro de 2007; A. da RC de 7 de Outubro de 2008, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

última¹⁶⁸. A confusão entre as duas figuras decorre essencialmente no quadro do próprio instituto da fiança.

Portanto, nada melhor que a figura da fiança para provar este entendimento, como resulta do explanado no parágrafo anterior.

Nesta senda, conforme já tivemos ocasião de referir, denomina-se obrigação acessória aquela conformada por uma obrigação principal. Assim, há de se reconhecer que a obrigação é subsidiária quando só pode ser exercida desde que a outra antes o seja dada a sua ligação e dependência à obrigação principal. No entanto, vale ressaltar, para além disso, que a acessoriedade da fiança não se restringe só ao momento inicial da constituição da fiança. Na verdade, ela é dinâmica e acompanha o desenvolvimento da relação fidejussória, sem descurar o seu momento constitutivo, pois nele se fornecem os indicadores para se determinar o âmbito de vinculação fidejussória e os riscos assumidos pelo fiador.

Interessa então ver cada uma dessas características em particular

4.1. A acessoriedade e a subsidiariedade no Direito romano

Manifestamente, reconheceu-se no passado a existência na doutrina de divergências acerca da distinção dos conceitos de acessoriedade. A confusão entre as duas figuras era de tal forma gritante, que muitos autores como Juan Iglesias, na esteira de autores anteriores, declarava: “[...] *o carácter acessório da obrigação contraída pelo fideiussor afirma-se com a introdução do benefício da excussão por Justiniano.*”¹⁶⁹. Ora, por referência a isso, alguns romanistas partiram do incorrecto conceito segundo a qual a acessoriedade estava ligada a realização coactiva do direito do credor, o que se mostrou totalmente despido de fundamento quando se conferiu à acessoriedade o sentido que acabou por ter na época clássica e, posteriormente, na época justinianeia.

Contudo, outra corrente doutrinária, com mais êxito apontou um conceito de acessoriedade com sentido próprio, que em nada se confundia com a subsidiariedade. Nesta linha de pensamento, Sebastião Cruz esclarece que a acessoriedade consiste na dependência da garantia em face da primitiva obrigação. É, nesta configuração, uma

¹⁶⁸ Veja-se, Ac. do STJ de 26 de Novembro de 2002; Ac. do STJ de 13 de Maio de 2008; Ac. da RL de 27 de 11 de 2008, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

¹⁶⁹ Juan Iglesias Instituciones de Derecho romano, ob. cit., p. 446.

característica da obrigação do fiador que alude à forma como esta se relaciona com a primitiva obrigação¹⁷⁰.

Quanto à subsidiariedade, desde o início esteve ligada ao benefício da excussão. Tal privilégio somente foi criado em 535, por Justiniano (Nov. 4,1). Consistia, na situação do beneficiário não poder ser demandado enquanto o credor não tivesse previamente esgotado todas as possibilidades de a dívida ser cumprida¹⁷¹.

A ser assim, passemos à análise das duas características na actualidade.

4.2. Acessoriedade¹⁷²

¹⁷⁰ Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., pp. 240-241, n.º 288; Santos Justo, Direito Privado Romano, vol. II, ob. cit., p. 163; Vieira Cura, Fiducia cum creditore, ob. cit., pp. 139-143; Max Kaser, Direito Privado Romano, ob. cit., p. 313.

¹⁷¹ Sebastião Cruz, Direito Romano, Introdução. Fontes, ob. cit., pp. 240-241, n.º 288. Max Kaser, Direito Privado Romano, ob. cit., p. 313.

¹⁷² Em torno do aval, também se discute a característica da acessoriedade. Nesta situação, frequentemente se discute se a garantia prestada pelo avalista constitui-se em simultâneo acessória e autónoma. Em sede deste debate José de Oliveira Ascensão argumenta no sentido de que o aval não é uma obrigação acessória, pois “[...] *se a obrigação se mantém, mesmo que a “obrigação garantida” seja nula por qualquer razão que não seja por vício de forma (art.º 32º/2º parágrafo) isso significa que não é acessória*”. Neste sentido, explica este autor que não existe qualquer contradição entre o previsto no parágrafo primeiro e segundo do art.º 32º da LULL. Na verdade, o primeiro parágrafo ao referir-se que o avalista é responsável da mesma maneira que a pessoa afiançada, está apenas a estabelecer uma medida objectiva da obrigação do avalista que é independente da realidade jurídica da obrigação do avalizado; a ser assim, a obrigação do avalista não é dependente da obrigação do avalizado, por isso não é acessória desta. Para este autor, o aval funciona como uma garantia autónoma. Cfr., Direito Comercial, Títulos de Crédito, vol. III, AAFDL, 1962, pp. 165 -175. Em sentido próximo parecem ser as posições de Paulo Sendim e Evaristo Mendes ao afirmarem que “*O aval é, portanto, o acto jurídico cambiário pelo qual o seu autor garante aos destinatários de certa operação avalizada, em princípio na medida do valor que tipicamente corresponde a esta operação, e com independência relativamente aos demais signatários da letra, o pagamento desta [...], ficando pessoal e autonomamente responsável*. Referem ainda estes autores, que o facto do primeiro parágrafo do art.º 32º da LULL determinar que “*O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada*”, não implica a acessoriedade do aval, uma vez que o parágrafo citado apenas mostra como é que o avalista responde sempre que haja recusa de pagamento, e não quando este responde. Cfr. Paulo Melero Sendim e Evaristo Mendes, A natureza do aval e a questão da necessidade ou não do protesto para accionar o avalista do aceite, Edições Almedina, Abril de 1991, p. 45. No mesmo sentido parece seguir o Ac. do STJ de 26 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 597/11.0TBSSB-A.L1.S1, onde foi Relator Azevedo Ramos, segundo a qual “*A razão de ser do referido art.º 32º é ser o aval um acto cambiário que desencadeia uma obrigação independente e autónoma. A obrigação do avalista é uma obrigação materialmente autónoma, ainda que formalmente dependente da do avalizado, pois o avalista responsabiliza-se pela pessoa que avaliza, assumindo a responsabilidade, abstracta e objectiva, pelo pagamento do título*”. Vide www.dgsi.pt, recolhido em 19 de Junho de 2015. Alguma jurisprudência recente também defende a teoria do aval-garantia autónoma. De acordo o entendimento sustentado no Ac. do STJ de 1 de Julho de 2003: “[...] *O aval é uma garantia bancária que, embora com natureza jurídica semelhante à da fiança, não pode confundir-se com esta [...]. Como é sabido, a obrigação do avalista é uma obrigação materialmente autónoma ainda que formalmente dependente da obrigação do avalizado [...]*”. Ac. disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017. Mas, o quadro não se esgota aqui. Efectivamente, a diversidade do regime do aval, por um lado autónomo relativamente ao contrato base e, por outro, dependente deste último em termos formais, tem sido motivo de debate na doutrina pátria, pois além da corrente acima mencionada existe outra defensora de que o aval tem a natureza de uma fiança, e tal como esta última se constitui como acessória da obrigação do avalizado, admitindo-se assim a possibilidade do avalista invocar em sua defesa as mesmas excepções que assistem ao fiador. Deste modo, para ter a natureza de uma fiança teria de ter necessariamente a acessoriedade forte de que dispõe a fiança. Os defensores desta teoria, radicam a

I – Seguindo a classificação proposta por Medicus, existem diversas modalidades de acessoriedade: a) Acessoriedade na constituição; b) Acessoriedade no conteúdo; c) Acessoriedade na manutenção; d) Acessoriedade na execução; e) Acessoriedade na extinção¹⁷³. Analisemos nessa ordem:

a) Acessoriedade na constituição:

O primeiro aspecto na acessoriedade na fiança revela-se na denominada acessoriedade de constituição, mostrando-se imprescindível a existência de uma obrigação destinada a ser garantida por fiança. A sua própria qualificação como acessória do crédito implica, logicamente, a existência de uma obrigação principal.

acessoriedade do aval com base no disposto na primeira parte do art.º 32.º da LULL, ao determinar que a sua responsabilidade é “nos mesmos termos” do que a pessoa avalizada. Veja-se, José Gonsalves Dias, *Da Letra e da livrança segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial*, Coimbra, Livraria Gonçalves, 1941, p. 335 e ss.; José Gabriel Pinto Coelho, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, As letras, fascículo V, Lisboa, 1946, p. 6 e ss. Todavia, a doutrina maioritária é apologista de que o aval tem natureza híbrida (aval-garantia), pois o parágrafo 2º do art.º 32º da LULL impede que esta figura possa ser qualificada como fiança, visto que a obrigação do avalista é autónoma, embora não afaste a possibilidade de em certos aspectos do regime este instituto se considerar próximo da fiança. Cfr., Vaz Serra, RLJ 103 (1970-1971), p. 424 e ss.; Paulo Cunha, *Da garantia nas obrigações*, ob. cit., p. 89 e ss. Ora, em nossa modesta convicção, de forma geral, o aval tal como a fiança apresenta-se como uma garantia pessoal, pois para além do património do devedor avalizado, existe o património de um terceiro, o avalista, que ficou responsabilizado pelo pagamento da mesma dívida. De todo o modo, inversamente da fiança, o aval não constitui uma obrigação acessória da dívida avalizada; muito pelo contrário, constitui um instituto que goza de certa autonomia relativamente ao contrato base. Mas importa perguntar nesta altura, se esta autonomia é total. Pois bem, partindo das correntes já expostas, arriscamos a considerar que o aval constitui-se formalmente acessório e materialmente autónomo; contudo, tal acessoriedade só se despoleta quando existem vícios de forma que afectam a obrigação avalizada; caso contrário o aval goza de total autonomia relativamente ao contrato base. Perante tal quadro, queremos com isso transmitir que a autonomia do aval diminui nas situações em que é permitido ao avalista opor as excepções derivadas da falta de forma do contrato base. Para tanto, cita-se a título de exemplo, a situação da obrigação avalizada se extinguir por ter sido constituída sem respeitar os requisitos de forma previstos na lei para esse efeito. E por consequência, nestas circunstâncias a obrigação do avalista não sobrevive, como de resto nos dizem os arts. 32º, II da LULL e 27º, II da LUC. Assim sendo, constata-se que o direito positivo limitou as hipóteses de defesa do avalista de maneira a resguardar a posição do credor. Ora, às voltas com este problema, mas sem ir mais longe, entendemos que o aval é um negócio de natureza cambiária que gera uma obrigação autónoma, centrada no adimplemento do título de crédito, e nunca na obrigação avalizada. Neste passo, o avalista não detém uma posição acessória em relação à obrigação garantida; tanto que a sua vinculação como garante se mantém mesmo que a obrigação do avalizado seja nula, excepto se se tratar de vício de forma, onde a autonomia da garantia deixa de ser total. Neste âmbito, o avalista não tem a mesma obrigação do avalizado, mas uma obrigação autónoma, com existência própria. A partir daqui, quando a lei determina que o avalista é responsável da mesma maneira do avalizado, quer apenas significar que o grau de responsabilidade do avalista é idêntico ao do avalizado. Cfr., neste sentido, Pedro Romano Martinez / Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, ob. cit., p. 113 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial, Títulos de Crédito, AAFDUL*, Lisboa, 1988/1989, p. 74. Na visão de Menezes Cordeiro, o aval integra a vertente média/fraca da acessoriedade, enquanto princípio geral das garantias. Neste sentido, o aval deve ser entendido como uma garantia pessoal, ainda que com uma dimensão cambiária, correspondente a um tipo próprio, previsto na lei. Cfr. *Tratado de Direito Civil*, X, Almedina, 2015, p. 593.

¹⁷³ Veja-se mais sobre o assunto em Cláudia Alexandra dos Santos Madaleno, *A acessoriedade nas garantias das obrigações*, ob. cit., p. 75 e ss.

b) Acessoriedade no conteúdo:

I - Outra importante manifestação da acessoriedade resulta do previsto n.º 1 do art.º 631º do CC. Aqui trata-se da acessoriedade no conteúdo, ou seja, a fiança não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas para o fiador do que a obrigação principal é para o devedor. Pelo que, tal imposição não só diz respeito aos valores das obrigações atribuídas a cada uma das partes, mas também as condições nas quais elas são contraídas. Tal norma, entretanto, não dispõe que a dívida principal e a fiança tenham, forçosamente, de ter a mesma conformação; mas não é permitido uma vinculação fidejussória em condições mais gravosas do que as estabelecidas para o devedor principal. Todavia, ao fiador será sempre permitido garantir por valor inferior ou sob condições mais suaves daquelas contraídas pelo devedor principal¹⁷⁴.

Como consequência do disposto neste preceito, na eventualidade de o devedor principal contrair obrigação pura e simples, é permitido ao fiador sujeitar-se a vinculação resultante de termo ou condição. Contudo, se a situação se altera e o devedor principal passa a beneficiar do termo ou condição, ao fiador não cabe assumir a obrigação pura e simples, pois a sua obrigação não poderá ser exigível sem que o mesmo ocorra quanto ao devedor principal. Do mesmo modo, se o devedor principal se obriga sob determinada condição e o garante, não obstante a ela sujeito, condiciona a sua vinculação a outro acontecimento futuro e incerto, efectivando-se este ultimo, terá o credor de aguardar pela consumação da condição referente à obrigação contraída pelo devedor principal¹⁷⁵. Além disso, tal proibição também se estende às situações em que se estabelece a cobrança da dívida ao fiador em lugar mais afastado ou de acesso mais difícil relativamente àquele indicado para o devedor principal; ou com acessórios mais gravosos, desde taxas de juros de mais altas do que as estabelecidas para o devedor principal até despesas mais elevadas¹⁷⁶.

Por conseguinte, a fiança deve adaptar-se aos limites da obrigação principal, em termos de quantidade, prazo, lugar, condições e modo de execução¹⁷⁷; ou seja, o fiador

¹⁷⁴ Neste sentido, Ac. da RC de 3 de Julho de 2012; Ac. da RC de 7 de Junho de 2016; Ac. da RG de 31 de Março de 2016; Ac. da RC de 8 de Novembro de 2016, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

¹⁷⁵ Veja-se neste sentido, Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., pp. 159-160; Antunes Varella, Das obrigações em geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 481.

¹⁷⁶ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 58-60; Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., p. 329.

¹⁷⁷ Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., p. 172; Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 384.

não pode dever mais que o afiançado, quer em relação à quantidade, quer em relação ao tempo, quer em relação ao lugar, quer em relação às condições, quer mesmo em relação ao modo. Certamente, isto é, da essência do contrato de fiança.

II - Anote-se, entretanto, que o campo de aplicação do artigo citado (631º do CC) ultrapassa qualquer elenco taxativo, pois alcança todas as situações em que o garante seja colocado em posição de desvantagem, quando comparado com o devedor principal. Diante de tal cenário, queremos demonstrar a impossibilidade de convencionar-se, por exemplo, que o garante seja responsável por juros de mora de 5%, quando o devedor principal é somente responsável por 3% (n.º 1 do art.º 631º).

Todavia, não são poucas as situações em que voluntariamente, talvez por desconhecimento, a fiança excede a dívida principal ou é contraída em condições mais onerosas. Nestas circunstâncias, sublinhe-se, opta-se pelo princípio da redução, tal como já ocorria nos termos do art.º 823º do CS. Assim, quando se tenha excedido a regra estabelecida no n.º 1 do art.º 631º, a fiança não é nula, mas apenas redutível nos precisos termos da dívida principal¹⁷⁸; ou seja, tão-somente ocorre uma redução nas justas proporções, até mostrar-se equivalente à responsabilidade do próprio afiançado.

Perante isso, sustentava Vaz Serra: “[...] a redutibilidade, prescrita no art.º 823º, não implica a necessidade de acção judicial de redução: a fiança considera-se desde logo correspondente apenas ao montante e às condições da dívida afiançada.”¹⁷⁹. Em posição aposta, da qual concordamos, Menezes Cordeiro defende que a expressão redutível deve ser interpretada *lato sensu* para abarcar a conversão, pois desde logo a haver “condições mais onerosas”, a sua supressão não pode ocorrer por redução, mas antes por conversão (art.º 293º do CC); e mesmo nas situações em que seja possível a redução, esta não pode operar fora dos limites estabelecidos no art.º 292º do CC; de tal sorte que, uma redução automática pode colocar os envolvidos perante um negócio no qual nenhum deles pretendeu celebrar¹⁸⁰. Em sentido aproximado, Cláudia Madaleno afirma: “De facto, se o objectivo da fiança é garantir ao credor a satisfação do direito de crédito, este propósito tem que caber necessariamente nos limites deste direito, não o podendo exceder. O que não prejudica a afirmação anterior de que, quanto ao

¹⁷⁸ Veja-se neste sentido, José Dias Ferreira, Código Civil Portuguez anotado, 1ª edição, vol. II, ob. cit., p. 289; Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 58; Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 631º, p. 648.

¹⁷⁹ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., 58; no mesmo sentido, Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., p. 329; Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., pp. 159-160; Frederico Faro, Fiança *omnibus* no âmbito bancário, ob. cit., p. 68.

¹⁸⁰ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 466.

*excesso, pode haver vinculação com causa diversa, produzindo-se a conversão nos termos do art.º 293º noutro negócio jurídico, desde que se demonstre que teria sido essa a vontade das partes se tivessem previsto a invalidade”*¹⁸¹.

III - Por sua vez, outro indício da acessoriedade na fiança resulta do estatuído no art.º 634º do CC, na qual determina que a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor. Verifica-se, neste caso, um alargamento do objecto da fiança. Mas, anote-se, em sentido aproximado, o BGB no § 767º determina o alargamento da responsabilidade do fiador, designadamente de juro de mora e processuais, bem assim indemnizações conexas com a dívida principal¹⁸². À sua vez, o Código Suíço estabelece no n.º 1 do art.º 499º que o fiador responde só até ao montante máximo indicado no documento de fiança; igualmente responde até esse limite, à luz de convenção em contrário, pelo montante da dívida e as consequências legais da culpa ou a mora do devedor. Para os danos resultantes da extinção do contrato e para a pena convencional, só quando for expressamente pactuado (al. 1ª do art.º 499º)¹⁸³. Ao passo que o *codice*, por sua vez, estabelece no art.º 1942º que salvo pacto em contrário, a fiança se estende às despesas de denúncia ao fiador da causa promovida contra o devedor principal e às despesas posteriores¹⁸⁴.

IV - Ainda em torno do mesmo assunto, nos termos do art.º 634º do CC, a fiança cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor; ou seja, o fiador é responsável, não só pela prestação devida, mas também pela pena convencional (art.º 810º) ou pela reparação dos danos havendo culpa do devedor (art.º 798º), salvo convenção em contrário, dado que é possível a vinculação fidejussória em condições mais suaves de acordo ao estabelecido no n.º 1 do art.º 631º; ou seja, parece-nos que

¹⁸¹ Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., pp. 160-161.

¹⁸² Determina o § 767º do BGB: “(1) *The currently applicable amount of the main obligation determines the duty of the surety. This applies in particular, without limitation, if the main obligation has been changed through no fault of or default by the principal debtor. The duty of the surety is not extended by a legal transaction that the principal debtor undertakes after assumption of the suretyship.*

(2) *The surety is liable for the costs of termination and prosecution of rights that are reimbursable by the principal debtor to the creditor*”.

¹⁸³ Determina o n.º 1 do art.º 499º que: “*La caution n’est, dans tous les cas, tenue qu’à concurrence du montant total indiqué dans l’acte de cautionnement*”, acresce o n.º 2 deste art.º: “*Dans cette limite, elle est tenue, sauf convention contraire: 1. Du montant de la dette, ainsi que des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur. Elle ne répond toutefois du dommage résultant de la caducité du contrat et n’encourt une peine conventionnelle que s’il en a expressément été convenu*”.

¹⁸⁴ Determina o art.º 1942º do *codice* o seguinte: “*Salvo patto contrario, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive*”.

este regime é supletivo já que pode ser afastado, por exemplo, quando se indica um valor máximo a ser garantido pelo fiador.

Contudo, verifica-se que o nosso CC foi muito mais longe relativamente aos códigos atrás citados, uma vez que as obrigações acessórias não se limitam as consequências legais, estendendo-se também para as contratuais. Mas como observa Menezes Cordeiro, as consequências legais são as conhecidas ou pelo menos cognoscíveis, não sucedendo o mesmo com as contratuais, como por exemplo, no caso de existirem cláusulas penais. Deste modo, caso se pretenda exigir as consequências contratuais da mora ou culpa do devedor, devem elas constar expressamente da declaração de fiança¹⁸⁵. Sobre a questão dos créditos acessórios, também se pronunciou Vaz Serra no domínio dos trabalhos preparatórios. Para este autor, se o garante se vinculou sabendo que a obrigação principal tinha juros ou era acompanhada de pena convencional, na dúvida ocorre a hipótese de admiti-la, presumindo que a fiança as abarque; mas, como é indispensável a redução a escrito da fiança, apresenta-se necessário que o documento escrito permita concluir que o fiador tinha esse conhecimento¹⁸⁶. Todavia, não obstante o art.º 823º do CS não se pronunciar sobre os acessórios do crédito, parte da doutrina, nomeadamente Cunha Gonçalves, entendia que a fiança limitada deve ser interpretada, sempre restritivamente, num sentido favorável ao fiador. Assim, por exemplo, o fiador do arrendatário que garantiu o pagamento da renda, não responde pela indemnização dos danos e depredações causadas pelo arrendatário. Mas, se pelo contrário, a fiança é dada em termos indefinidos e sem limites em relação a uma obrigação principal, abrange todos os acessórios? Por exemplo: o fiador de uma coisa emprestada obriga-se pelos seus juros e será responsável pela pena convencional ou pela indemnização por perdas e danos derivados da inexecução do contrato. Assim se infere do previsto no art.º 841º do CCom de 1833 face ao silêncio do CS¹⁸⁷.

Após o que dissemos, Januário da Costa Gomes, como não podia deixar de ser, também se pronunciou sobre a questão e reportando-se à cláusula penal afirma: “[...] o fiador só responderá pela cláusula penal se, revelando-se esta desfavorável relativamente à normal actuação da responsabilidade obrigacional, ela já estiver

¹⁸⁵ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das obrigações, Garantias, ob. cit., pp. 461-463.

¹⁸⁶ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 66.

¹⁸⁷ Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., pp. 173-174. No mesmo sentido, Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., pp. 61-63.

convencionada à data da vinculação fidejussória e o fiador, tendo (então) conhecimento da mesma, a incluir na declaração de fiança; nesse caso, é de concluir que aceitou vincular-se pelo funcionamento da cláusula penal; de qualquer forma, atenta a necessidade da declaração fidejussória ser expressa, esse conhecimento deve resultar da declaração; assim resulta da articulação entre o disposto nos arts.º 628/1 e 631/1. Se, porém, o funcionamento ou actuação da cláusula penal se revelar favorável ao fiador, este beneficia desse regime, independentemente de o acordo de cláusula penal ser anterior ou posterior à fiança ou de ser conhecido do fiador aquando da vinculação fidejussória”¹⁸⁸.

Em suma, a acessoriedade visa proteger o fiador, no sentido deste não vir a responder em termos mais onerosos ou gravosos em comparação ao devedor principal; logo todas as mudanças favoráveis devem repercutir-se sobre o garante, ao contrário das desfavoráveis.

c) Acessoriedade na manutenção:

Determina o n.º 1 do art.º 582º do CC, na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, caso não sejam inseparáveis da pessoa do cedente. Efectivamente, este preceito reafirma o velho princípio de que, na falta de estipulação em contrário, *accessorium sequitur principale*. Queremos com isso demonstrar que a transmissão do crédito garantido implica a transmissão da fiança, a menos que haja acordo em contrário ou que tal garantia seja exclusiva do credor originário.

Entretanto, caso ocorra a mudança da pessoa do devedor, mantêm-se nos mesmos termos as garantias do crédito, excepto as que tiverem sido constituídas por terceiro ou pelo antigo devedor, na situação de inexistir o devido consentimento na transmissão da dívida (n.º 2 do art.º 59º do CC). A ser assim, constituída uma fiança (garantia prestada por terceiro), esta não subsiste com a mudança do devedor, ou seja, caduca. Por outras palavras, a pessoa do devedor é relevante para o fiador, pois o risco é assumido com base numa relação de confiança entre ambos. Portanto, o fiador que discorda da mudança do devedor é libertado da sua obrigação.

Em suma, se a fiança não acompanha o crédito, naturalmente esta extingue-se, pois não se admite fiança independente. Ora, a nosso ver, esta característica não se

¹⁸⁸ Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., pp. 608-609.

mostra essencial para a acessoriedade da fiança, por tratar-se de uma regra cujo âmbito excede as próprias garantias, abrangendo todos os acessórios do crédito, razão pela qual se encontra prevista na parte geral do código¹⁸⁹.

d) Acessoriedade na execução:

I – Outro desdobramento lógico do carácter acessório da fiança encontra-se plasmado no n.º 1 do art.º 632º do CC, que na sequência das posições doutrinárias resultantes do disposto no art.º 822º do CS, estabelece que a fiança não é válida se o não o for a obrigação principal. Claramente, tal se justifica pela dependência genética que a garantia fidejussória tem quanto à obrigação principal, certamente porque a fiança destina-se a garantir o resultado do cumprimento dessa obrigação, mostrando-se assim incongruente o fiador ser chamado a cumprir uma obrigação considerada nula para o devedor principal.

No mesmo sentido, convém dizer, estabelece a primeira parte do art.º 2289º do *code* “*Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable*”. Em semelhante sentido o *codice* determina no seu art.º 1939º: “*La fideiussione non è valida se non è valida l’obbligazione principale, salvo che sia prestata per un’obbligazione assunta da un incapace*”. O mesmo caminho segue o CCE no art.º 1824º, ao determinar: “*La fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad*”. Assim também o CCB no art.º 824º, quando prevê: “*As obrigações nulas não são susceptíveis de fiança, excepto se a nulidade resultar apenas da incapacidade pessoal do devedor*”. Neste último caso, não nos passa despercebido que a redacção deste artigo é a mesma do art.º 1488º do CCB de 1916.

Contudo, a respeito de, todo este assunto, é necessário recordar que a característica mais importante da fiança é a acessoriedade. Em virtude dela, é que a fiança segue a sorte da obrigação principal; por isso se afirma que a nulidade da obrigação principal determina a nulidade da fiança. Daí, a doutrina científica concluir que se se constituir fiança visando garantir uma obrigação principal nula, tal fiança

¹⁸⁹ Veja-se neste sentido, Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., p. 164.

também será nula¹⁹⁰. Isso é o mesmo que dizer: a nulidade da obrigação principal conduz a nulidade da obrigação acessória de fiança. Porém, salienta Simler, no caso de a fiança garantir uma obrigação nula, pode não padecer de nenhum vício genético, pelo que não cabe determinar como nula esta obrigação acessória; apenas ocorre a ineficácia da fiança, determinada pela nulidade da obrigação principal¹⁹¹. Em sentido próximo, Josefina Alventosa Del Río, em sede da doutrina espanhola, considera que a fiança no caso de garantir uma obrigação principal, mostra-se nula e ineficaz¹⁹².

Nesta ordem de ideias, defende Januário da Costa Gomes que a fiança é, apesar de tudo, um negócio independente do negócio donde provém a obrigação principal; por consequência, admite causas de invalidade próprias, decorrentes de vícios na formação do próprio contrato de fiança, as quais não se comunicam ao negócio principal. Contudo, considera este autor não se mostrar possível falar em invalidade da fiança nas situações em que seja inválida a dívida principal; o lógico é que se negócio principal padece de um vício genético da qual resulta a sua invalidade, naturalmente ela vai impedir a operacionalidade da fiança, repercutindo-se na sua eficácia¹⁹³. Segundo este entendimento, não há nenhum vício intrínseco da própria fiança, mas antes um obstáculo impeditivo da fiança produzir os seus efeitos, pelo que o n.º 1 do art.º 632º dita a ineficácia *stricto sensu* da fiança em caso de nulidade da obrigação principal¹⁹⁴.

Acolhemos também este entendimento, pelo facto da nulidade da obrigação principal conduzir à ineficácia da fiança; ou seja, a fiança não se torna inválida, simplesmente perdeu o objecto que visava garantir e mostra-se impossibilitada de produzir os seus efeitos jurídicos.

Aliás, como determina o n.º 2 do art.º 632º, sendo anulável a obrigação principal, enquanto esta não vier a ser anulada, mantém-se a fiança. A mais disso, pode esta manter-se válida apesar da anulação da obrigação primitiva em caso de incapacidade ou falta ou vício de vontade do devedor, se o fiador conhecia as anormalidades que inquinavam a relação jurídica quando prestou a fiança.

¹⁹⁰ Veja-se Antunes Varela, Das obrigações em geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 483; Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 893-894; No mesmo sentido na doutrina espanhola, Guilarte Zapatero, Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código Civil, ob. cit., p. 74; Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t. I, ob. cit., p. 597; Enrique Ruiz Vadillo, Introducción al estudio teórico práctico del Derecho Civil, 14ª ed., Logroño, 1984-1985, p. 474.

¹⁹¹ Philippe Simler, Le cautionnement, París, 1982, p. 157.

¹⁹² Josefina Alventosa Del Río, La fianza, ob. cit., p. 42.

¹⁹³ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 338.

¹⁹⁴ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 339.

Diante disso, afirma Januário da Costa Gomes que o facto de o negócio do qual deriva a obrigação principal se mostrar geneticamente viciado, em termos de ser anulável, não contagia o negócio de fiança, tornando-o igualmente inválido. Na verdade, como afirma o mesmo autor, o legislador, com a redacção do n.º 1 do art.º 632º do CC, pretendeu transmitir que uma vez anulada a obrigação principal, a fiança deixa retroactivamente de produzir os seus respectivos efeitos (art.º 289º). Por consequência, conclui o autor, à semelhança das conclusões formuladas em sede da nulidade da obrigação principal, mostrando-se na obrigação fidejussória a anulação da obrigação principal, a fiança passa imediatamente a ser ineficaz¹⁹⁵.

II – À luz do exposto, não se deixa de questionar se o fiador passará a garantir o cumprimento pelo devedor da obrigação resultante da anulação.

Quanto a essa questão, acode o n.º 2 do art.º 632º do CC. Deste modo, se a obrigação é anulável e o fiador conhecia a incapacidade ou a falta de vício da vontade do devedor, ao tempo em que a fiança foi prestada, responde pelo cumprimento da obrigação; contudo, se desconhecia a causa da anulabilidade, verifica-se a quebra da eficácia da fiança.

Com isso, levanta-se outra questão, a de saber: se nesta situação estamos diante de uma excepção à acessoriedade da fiança.

Relativamente a esta questão, afirma Menezes Cordeiro encontrar-se subjacente a esta norma a ideia da condenação do *tu quoque*, na qual o fiador mesmo conhecendo determinada irregularidade ainda assim vincula-se, mas não pode mais tarde servir-se dessa irregularidade para pedir a anulação da fiança¹⁹⁶. Vale dizer que este instituto destina-se, justamente, a evitar um comportamento contrário à boa-fé, elencando-se como parâmetro de comparação um primeiro comportamento do fiador tido como indevido e, na sequência, um distinto comportamento conflituante com o primeiro.

No tocante a todos estes aspectos, Antunes Varela considera que estamos diante de uma excepção do princípio firmado no n.º 2 do art.º 627º do CC, na qual o fiador quer garantir a dívida independentemente de quaisquer circunstâncias¹⁹⁷. Para Almeida Costa, o fiador se obrigou, mesmo sabendo que a dívida principal estava afectada por algo que produzia a sua anulabilidade, foi porque quis responsabilizar-se não só para o

¹⁹⁵ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 350-351.

¹⁹⁶ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 467.

¹⁹⁷ Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, II⁷, ob. cit., p. 484; no mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 632º, p. 649.

caso de vir a produzir-se essa anulação, mas também para a hipótese inversa. Contudo, ainda neste caso relacionado com o n.º 2 do art.º 632º, claramente opera o princípio da acessoriedade da fiança. Deste modo, o que se verifica é a conversão legal da fiança numa fiança de conteúdo diverso, na qual o fiador que garantia a obrigação resultante do acto anulado, passa a garantir a obrigação que deriva da anulação¹⁹⁸.

Para Januário da Costa Gomes, se o fiador conhece a causa da anulabilidade e não obstante isso presta fiança, resulta considerar irrelevante a incapacidade ou a falta ou vício da vontade do devedor, assumindo um risco acrescido. Ou seja, o de ter de proporcionar o resultado pretendido pelo credor, ainda que a obrigação principal venha a ser anulada¹⁹⁹. Acresce o mesmo autor, nesta situação não se trata de sancionar o fiador pelo facto de “cobrir” uma situação viciada, mas antes de responsabilizá-lo nos termos em que ele próprio assumiu os riscos²⁰⁰.

Em sentido próximo, Cláudia Madaleno defende que a existência de excepções não coloca em causa a afirmação do princípio da acessoriedade, apesar de não poder operar em termos absolutos, já que em alguns casos é fundamental salvaguardar a operância de outros importantes princípios vigentes (art.º 335º)²⁰¹.

III - Do exposto, não se deixa de perguntar se a nulidade e/ou a anulabilidade da obrigação principal pode ser invocada pelo garante?

Menezes Cordeiro defende que por via do n.º 1 do art.º 637º do CC, o fiador pode opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor; portanto pode o fiador com base no citado artigo arguir a anulabilidade; assim não será na eventualidade de se estar diante de uma invalidade atípica da obrigação principal, que apenas poderá ser invocada pelo credor, como estipula o n.º 3 do art.º 410º do CC²⁰².

Em posição contrária, Cláudia Madaleno defende que no caso de dívida anulável, não compete ao fiador a invocação do vício, pois nos termos do n.º 1 do art.º 287º do CC, só tem legitimidade para arguir a pessoa em razão da qual a anulabilidade foi determinada. No entanto, em contrapartida, pode o fiador, nos termos do n.º 2 do

¹⁹⁸ Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 894 e n.º 2. Anteriormente, no mesmo sentido se pronunciou Galvão Telles. Veja-se, Garantia Bancária Autónoma, ob. cit., p. 279.

¹⁹⁹ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 353.

²⁰⁰ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 353.

²⁰¹ Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., pp. 167-168.

²⁰² Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 467. Pires de Lima e Antunes Varela, consideram que a anulabilidade não pode ser arguida pelo fiador, mas nas circunstâncias em que o fiador conhecia a causa da anulabilidade nos termos do n.º 2 do art.º 632º. Veja-se, Código Civil anotado, Iº, ob. cit., anot. ao art.º 637º, p. 655.

art.º 642º, suspender a sua prestação enquanto não for possível ao devedor principal invocar a anulabilidade²⁰³.

Anos antes, no entanto, Januário da Costa Gomes já se tinha pronunciado sobre a questão, tendo afirmado que o n.º 1 do art.º 632º do CC não pode ser interpretado no sentido de atribuir ao fiador legitimidade para arguir a anulabilidade (n.º 1 do art.º 287º). Assim, o fiador não pode, como princípio, face ao exposto no n.º 2 do art.º 642º, pedir a anulação da obrigação principal, tendo de “*aguardar*” que o devedor se decida no sentido dessa invocação ou renuncie à mesma²⁰⁴.

Por consequência, a fiança de obrigação anulável produz efeitos enquanto a obrigação principal não for declarada anulada, passando essa eficácia a ser definitiva em caso de convalidação ou confirmação. Contudo, o fiador pode defender-se lançando mão ao art.º 642º do CC para recusar o cumprimento, enquanto a anulabilidade não for declarada ou sanada.

IV – Outros dos requisitos da acessoriedade na execução, consiste na possibilidade do fiador poder beneficiar dos meios de defesa próprios do devedor. Só assim não acontece, se forem incompatíveis com a obrigação do fiador, como determina o n.º 1 do art.º 637º do CC; ou seja, este preceito faz a consagração sistemática dos meios de defesa do fiador, na qual pode o fiador invocar, na eventualidade do credor accionar a fiança. Claramente, a razão de ser deste dispositivo justifica-se por ser um meio de tutela do garante, pensado sobretudo para as situações de fiadores não experientes e para os que prestam a fiança gratuitamente²⁰⁵.

Neste sentido, claramente se distingue os meios de defesa próprios do fiador, e dos meios de defesa do devedor, que podem ser invocados pelo primeiro por força do princípio da acessoriedade.

À luz desta explicação, logo se vê que são meios de defesa próprios do fiador todos aqueles respeitantes à obrigação acessória, tal como a nulidade da obrigação fidejussória, o benefício da excussão, o benefício da divisão (na eventualidade de existir mais do que um fiador) e a prescrição da obrigação de fiança. A mais disso, o fiador pode ainda invocar a excepção do contrato não cumprido (art.º 428º do CC) e a alteração das circunstâncias (n.º 1 do art.º 437º). Assim, o fiador quando interpelado para cumprir, pode naturalmente colocar ao credor todos os meios de defesa que o

²⁰³ Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., p. 167.

²⁰⁴ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 350.

²⁰⁵ Veja-se mais sobre o assunto em Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., pp. 168-169.

devedor lhe pode igualmente opor, com vista a escusar-se do pagamento; podendo, nestas situações, arguir qualquer excepção dilatória ou peremptória²⁰⁶.

Contudo, a parte final do n.º 1 do art.º 637º prevê a ressalva de que o fiador não pode invocar os meios de defesa do devedor principal, no caso de se mostrarem incompatíveis com o próprio fim da garantia. Sobre tal questão, observa Januário da Costa Gomes que a dita ressalva tem a ver com os meios de defesa que se opõem ao fim de garantia da fiança, com destaque para os casos de incapacidade económica do devedor para cumprir; ou seja, o fiador não pode invocar a impotência económica do devedor, ou eventualmente a sua falência, vedando-se igualmente a hipótese de alegar que o sucessor do devedor falecido só responde dentro das forças da herança, nos termos do art.º 2068º do CC, pois são contrários a função do fim da garantia²⁰⁷. Na mesma linha de pensamento, Karl Larenz considera que o objectivo da garantia inerente à fiança constitui uma limitação à acessoriedade do respectivo regime jurídico; por consequência, o garante não pode beneficiar de reduções da dívida principal decorrente de considerações pessoais ou sociais do legislador²⁰⁸.

Aqui chegados, importa referir que o n.º 2 do art.º 637º estabelece que a renúncia do devedor a qualquer meio de defesa não produz efeito em relação ao fiador. Ora, num primeiro momento ficamos com a ideia de tal preceito se mostrar contrário ao princípio da acessoriedade, porquanto o devedor ao renunciar a uma excepção produz efeitos na esfera jurídica do fiador. Mas, numa pronta resposta a questão, esclarece Cláudia Madaleno: “[...] *o sentido da acessoriedade não é de que toda e qualquer vicissitude da relação principal se repercute de igual modo na fiança, mas antes o de que apenas as vicissitudes da relação principal que possam beneficiar o fiador se repercutem na sua esfera jurídica*”²⁰⁹. Contudo, de forma mais completa Januário da Costa Gomes esclarece que a razão de ser deste regime não consagra uma correlação estrita com o princípio da acessoriedade, tratando-se antes de um balizamento do risco fidejussório; pois, os meios de defesa que existam ou vão surgindo sucessivamente na esfera jurídica do devedor, moldam e vão remoldando, respectivamente, no âmbito do risco do fiador, pelo que a renúncia a um meio de defesa capaz de produzir efeitos na esfera jurídica do garante, tem como consequência uma fiança mais onerosa, já que faz incidir sobre o

²⁰⁶ Veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 1013.

²⁰⁷ Veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 1020 e 1021.

²⁰⁸ Karl Larenz, Derecho de Obligaciones, vol. II, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 449.

²⁰⁹ Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., p. 172.

garante os agravamentos do risco oriundos da relação credor e devedor. Assim, nem todas as modificações da obrigação principal se repercutem na fiança; só aquelas que, afinal e objectivamente, se revelem menos gravosas²¹⁰.

Em suma, a renúncia que o devedor faça não afecta o direito do fiador, só podendo atingir o devedor principal.

A acessoriedade na execução, à sua vez, exige ainda que a execução da dívida fidejussória se encontre dependente da executabilidade da dívida principal²¹¹. Assim, nos termos do n.º 1 do art.º 642º do CC, ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o direito do credor puder ser satisfeito por compensação com um crédito do devedor ou tiver a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do credor.

No tocante a isso, o art.º 1294º do *code* determina: “*La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur*”. Em sentido aproximado dispõe o CCE no art.º 1197º: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal*”.

Pelo exposto, sempre é possível questionar se pode o fiador utilizar para a compensação um crédito do devedor principal contra o credor.

No direito francês, defendiam Marcel Planiol e Georges Ripert, que em matéria de fiança deve ter-se em conta o facto do fiador não se mostrar, senão, um devedor de segunda linha e que a sua obrigação não é senão acessória daquela do devedor principal. Contudo, o fiador pode defender-se, fazendo prevalecer que o credor deve ao devedor principal, como pode invocar as excepções inerentes à dívida. Porém, não é permitido ao devedor fazer a compensação entre o crédito do fiador contra o credor e o crédito deste, pois tal equivaleria a impor ao fiador renúncia ao benefício da excussão²¹². Em sentido aproximado, na doutrina espanhola, Guilarte Zapatero afirmou que por uma questão de lógica, quando o credor exige do fiador o pagamento da dívida, este nada mais tem de fazer senão invocar que a obrigação do devedor principal se encontra

²¹⁰ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 1018.

²¹¹ Veja-se Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., pp. 175-177.

²¹² Georges Ripert, Tratado de Derecho Civil: segun el Tratado de Marcel Planiol, traducción de Delia Garcia Daireaux, Buenos Aires, La Ley, vol. VII, 1963, p. 611.

extinta em virtude da compensação e, por consequência, se extingue também a obrigação fidejussória²¹³.

Todavia, nesta sede, tanto o *code* como o CCE permitem que o fiador possa extinguir a dívida principal mediante a invocação de compensação que exista entre o credor e o devedor. Notoriamente, o que está em causa é a compensação entre um crédito do credor e um crédito do devedor principal e não um crédito do próprio fiador, na qual a lei confere legitimidade a um terceiro, neste caso o fiador, do qual resulta a produção de efeitos numa relação onde não é parte. Porém, reconhece tratar-se de uma excepção à acessoriedade²¹⁴.

O CC português, contudo, não vai tão longe, pois estabelece unicamente que o fiador não é obrigado a pagar, enquanto o credor e o devedor puderem usar dos seus direitos de compensação. No entanto, parece-nos que esse critério de base legal não é suficiente para se concluir que o garante pode usar esses direitos em nome daqueles²¹⁵, particularmente porque não vai existir uma sub-rogação, mas antes uma excepção.

Noutra frente, cabe referir que a executabilidade da dívida do fiador inclui também a possibilidade de prescrição, de acordo ao estipulado no art.º 636º do CC. Efectivamente, como se observa o citado preceito dispõe sobre a interrupção, suspensão e renúncia à prescrição dos três intervenientes da relação fidejussória. Assim, determina o n.º 1 do art.º 636º que a interrupção da prescrição relativamente ao devedor não produz efeito contra o fiador, nem a interrupção relativa a este tem eficácia contra aquele. Logo de seguida, acresce o n.º 2 do mesmo preceito que a suspensão da prescrição relativamente ao devedor não produz efeito em relação ao fiador, nem a suspensão relativa a este se repercute naquele. Por último, determina o n.º 3 do preceito em análise que a renúncia à prescrição por parte de um dos obrigados também não produz efeitos relativamente ao outro.

Será então caso para dizer que o CC afastou-se da solução prevista no art.º 556º do CS, na qual este determinava: “A *interrupção da prescrição contra o devedor principal tem iguais efeitos contra o seu fiador*”. À luz desta visão legal, nas palavras de Vaz Serra, “*Está espalhada a doutrina de que a prescrição interrompida contra o devedor se tem igualmente interrompida contra o fiador.*”; porém, “[...] *a fim de*

²¹³ Guilarte Zapatero, Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p. 90 e ss.

²¹⁴ Veja-se neste sentido Carlos Vattier Fuenzalida, Contribución al estudio de las obligaciones accesorias, Revista de Derecho Privado, Año n.º 64, Mes 1, 1980, p. 45.

²¹⁵ Veja-se neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 642º, p. 659.

*conciliar os interesses do credor e do fiador, poderia talvez decidir-se que o acto interruptivo da prescrição contra o devedor só produz efeitos contra o fiador, se for levado pelo credor ao conhecimento deste. Quando esse acto interruptivo for judicial, deveria o credor fazer notifica-lo judicialmente ao fiador; se não for judicial poderá comunica-lo ao fiador extrajudicialmente”*²¹⁶. Em sentido aproximado, Américo da Silva Carvalho defendeu que a interrupção da prescrição somente se verificaria com relação ao fiador na eventualidade deste último reconhecer a obrigação; caso contrário continuaria a correr e, sendo invocada quando o prazo se haja completado, a fiança extinguir-se-ia, apesar do reconhecimento feito pelo devedor principal da sua obrigação^{217 218}.

Daí que, dando primazia a esta doutrina, o n.º 1 do art.º 636º veio estabelecer uma certa autonomia entre a obrigação principal e a acessória, pelo que interrompida uma, não fica interrompida a outra. Desse modo, apenas quando interrompida em relação ao devedor, interrompe-se igualmente em relação ao fiador, mas somente no caso de lhe ser dada ciência do facto. O mesmo reconhecimento da autonomia das obrigações principal e acessória se verifica nos n.º (s) 2 e 3 do art.º 636º relativos à suspensão e à renúncia da prescrição.

Porém, conforme já sublinhado, o direito anterior à interrupção efectuada somente contra o garante, torna-se ela inoperante pois não paralisa a obrigação principal²¹⁹. Mas, anote-se, na generalidade das situações a interrupção contra o fiador não tem qualquer efeito prático, visto que extinta a obrigação principal pelo decurso do prazo não interrompido, igualmente se extingue a fiança²²⁰.

Tendo tudo isso presente, se conclui que as vicissitudes do prazo prescricional da obrigação do devedor principal não afectam a obrigação fidejussória, parecendo-nos assim existir uma quebra da acessoriedade.

e) Acessoriedade na extinção:

A regra básica quanto à extinção da fiança consta do art.º 651º do CC, no qual estabelece que a extinção da obrigação principal determina a extinção da fiança. Trata-

²¹⁶ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., pp. 227-229.

²¹⁷ Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., pp. 75-76.

²¹⁸ No mesmo sentido, Luís da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil: Em comentário ao Código Civil Português, vol. X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, p. 216.

²¹⁹ Veja-se neste sentido José Dias Marques, Prescrição Extintiva, Coimbra Editora, Coimbra, 1954, p. 195.

²²⁰ Cfr., neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 636º, p. 654.

se, pois, de uma consequência necessária da natureza acessória da garantia fidejussória (n.º 2 do art.º 627º). Neste sentido, afirmava Dionysio Gama que a fiança, na sua qualidade de obrigação acessória, extingue-se e desaparece com a obrigação principal – *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberatur* –. É a isso que se dá o nome de extinção da fiança por via de consequência²²¹.

Assim, a fiança pode extinguir-se pela verificação directamente a ela relacionada de qualquer das causas extintivas das obrigações ou como consequência da extinção da obrigação do devedor principal. Por consequência, todas as causas que ponham termo a obrigação principal, igualmente põem termo a obrigação do garante, como significativamente estabelece o art.º 651º²²².

Dentro disso, é imperioso referir que por via de regra a extinção da obrigação principal ocorre através do cumprimento; ou seja, o devedor efectua o pagamento da obrigação que assumiu perante o credor e extingue-se reflexamente a fiança; mas também pode resultar da dação em pagamento (arts.º 837º e 839º), da compensação (arts.º 853º e 856º), da novação (arts. 857º e 860º), da remissão (art.º 863º e n.º 3 do art.º 866º) e da confusão (art.º 868º e n.º 2 do art.º 873º).

Acresce-se ainda, por oportuno, que a morte do fiador extingue a fiança. Contudo, a responsabilidade do garante se transmite aos seus herdeiros, obviamente dentro das forças da herança. Mas esta trata-se de matéria que abordaremos mais adiante²²³.

Em suma, do exposto se constata que são diversas as disposições no CC que ilustram em que termos a acessoriedade se manifesta na fiança; claramente este mecanismo constitui uma característica própria e essencial que sobressai diante das demais, justamente por ser a fiança uma obrigação de garantia. Assim, como se observa, desde a constituição à extinção, passando pelo conteúdo e manutenção, o regime da fiança está definido com base na obrigação do devedor principal.

Nesta medida, não obstante mostrar-se um princípio sólido, existem “*zonas em que a acessoriedade, como característica natural da fiança, não penetra, não age*”²²⁴,

²²¹ Affonso Dionysio Gama, Da fiança civil e comercial, Colecção Jurídica da Livraria Académica, Livraria Académica, Saraiva & C – Editores, São Paulo, p. 39. No mesmo sentido, Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, vol. 5, ob. cit., p. 255.

²²² Cfr., Ac. da RP de 12 de Novembro de 2007; Ac. da RP de 13 de Abril de 2015; Ac. da RL de 24 de Setembro de 2015, visualizado em www.dgsi.pt, em 18 de Dezembro de 2017.

²²³ Cfr. p. 150 e ss. do nosso estudo.

²²⁴ Veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 117.

pois não se concilia com outros dois pilares que caracterizam a figura, designadamente o fim da garantia e o facto de ser um negócio de risco²²⁵.

4.3. Subsidiariedade

I – Conforme afirma Januário da Costa Gomes, quando a lei se refere a responsabilidade subsidiária tem justamente em vista à responsabilidade patrimonial de um sujeito diverso do devedor primário, que só pode ser instado após o esgotamento da responsabilidade patrimonial deste, ou seja, após a excussão do património do devedor primário; não é sem razão que se considera uma responsabilidade patrimonial de actuação sucessiva²²⁶. Assim, noutras palavras, o devedor secundário só pode ser chamado a cumprir pelo credor, esvaziadas as hipóteses de obter a satisfação do crédito do devedor principal. Neste caso, a prévia excussão do património do devedor principal constitui verdadeiro pressuposto da efectiva responsabilização do devedor subsidiário, o qual goza da prerrogativa de avocar em seu favor o benefício da excussão e, deste modo, impedir que o credor execute o seu património quando pode obter a satisfação do seu crédito através da excussão dos bens do devedor principal.

Após o que dissemos, temos de perguntar se a subsidiariedade se configura apenas na necessidade de excussão prévia do património do devedor principal pelo credor, como requisito para agir contra o devedor secundário.

A resposta parece-nos ser negativa. Entretanto, sobre tal questão, entende Januário da Costa Gomes que se resultar da lei a determinação segundo a qual apenas um dos devedores pode ser chamado para cumprir a obrigação, neste caso, após o incumprimento de outro devedor, ou após a interpelação do outro devedor, estaremos diante de uma responsabilidade subsidiária. Todavia, nas palavras do autor, tal subsidiariedade pode também resultar da vontade das partes, mas considera-se uma subsidiariedade fraca, com características específicas, ao contrário da primeira considerada como uma subsidiariedade forte. Entre as duas, prossegue o autor, encontramos a subsidiariedade média, legal ou convencional, na qual as partes acordam que o “segundo devedor” só poderá ser instado pelo credor após a excussão do determinado bem do património do devedor principal²²⁷.

²²⁵ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 118.

²²⁶ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 964-965.

²²⁷ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 968.

Portanto, somente nas situações em que apresenta necessária a excussão do património do devedor primário, certamente como requisito para agir contra o segundo devedor, nos encontramos diante da subsidiariedade forte. O que já não ocorre na fiança com o benefício da excussão. Na verdade, se as partes não acordam no contrato de fiança condições diferentes para o vencimento da garantia fidejussória, o vencimento da obrigação do devedor principal reflecte-se na fiança, por força do velho princípio da acessoriedade. E, nestas circunstâncias, a acessoriedade permite ao credor accionar o fiador para cumprir a obrigação, sem ter de aguardar o incumprimento do devedor principal; ou seja, em tais circunstâncias, não tem de esperar e consequentemente provar o incumprimento do devedor para agir contra o fiador; simplesmente por força da acessoriedade tem apenas de fazer prova da fiança e do vencimento da obrigação principal. De igual modo, vencida a obrigação principal, o credor tem a liberdade de escolher se vai accionar o devedor principal ou o fiador; ou melhor, o credor não tem necessariamente de se dirigir primeiro ao devedor principal e só depois ao fiador. Compreende-se, por essa razão, que na fiança com o benefício da excussão não há uma subsidiariedade forte²²⁸; porquanto, nisso se constata é que tanto na fiança simples como na solidária, o crédito contra o fiador acompanha o estado do crédito contra o devedor, na medida em que o credor pode exigir a satisfação do seu crédito tanto do devedor principal como do garante, ainda que este goze do benefício da excussão; somente depois disso, actua ou pode actuar o mecanismo do benefício, cuja existência é alheia, exterior e posterior ao direito do credor poder exigir, de um ou de outro, a satisfação do seu crédito²²⁹.

A ser assim, torna-se incorrecta a afirmação que o credor só pode agir contra o fiador após excutir os bens do devedor principal; visto que, vencida a obrigação principal, este pode actuar contra um ou outro co-devedor, principal ou acessório. Portanto, apenas depois do credor fruir da sua *libera electio* e optar por agir contra o fiador, é que começa a ter relevo, caso o fiador o queira invocar, o dito *beneficium da excussionis*²³⁰.

À conta de todas estas questões, se conclui que na fiança simples a responsabilidade do fiador não constitui uma situação de subsidiariedade forte. Por sua

²²⁸ Veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 969.

²²⁹ Veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 985-986.

²³⁰ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 986-987.

vez, nas situações em que o fiador goza do benefício da excussão, vencida a obrigação principal, já o credor pode actuar de imediato contra o fiador, pois não tem necessariamente de esperar pelo incumprimento do devedor principal; logo não existe neste caso a mencionada subsidiariedade fraca da fiança. Ao passo que, nas situações em que a obrigação principal se vence e o exige do fiador o cumprimento da obrigação, pode este, gozando do benefício da excussão, invocá-lo no sentido de paralisar a pretensão do credor. Claramente nestas circunstâncias a responsabilização do fiador somente tem lugar depois de excutidos os bens do devedor principal; ou seja, a invocação do benefício tem como efeito a subsidiarização da responsabilidade do fiador, pelo que a subsidiariedade surge como consequência eventual ou virtual, podendo então aqui falar-se em subsidiariedade virtual, *ex facultate fideiussoris*, como aponta Januário da Costa Gomes²³¹.

Não deixa, porém, de ser relevante referir que o AUOG da OHADA, de modo distinto, no seu art.º 20º, consagra como regra geral mais uma característica: a solidariedade. Nestas circunstâncias, não se levantam motivos para preocupação. Em tal caso, o fiador fica obrigado a cumprir a obrigação nas mesmas condições do devedor principal (§ 1º do art.º 26º do AUOG)²³². Entretanto, uma situação específica pode ocorrer: é legítimo ao ordenamento jurídico de cada Estado membro, ou às partes, mediante declaração expressa, a adopção do regime segundo o qual o fiador só responde depois de excutidos todos os bens do devedor²³³.

Enfim, tecidas as considerações de cunho geral a respeito da fiança, convém neste momento concentrarmos no espectro da nossa investigação, o direito à liberação do fiador. Malgrado a sua indiscutível relevância, a matéria referente a liberação do fiador parece não aguilhoar o ímpeto investigativo dos jurisconsultos portugueses. Com efeito, pouco encontramos acerca do assunto. Todavia, isso não nos impede de avançar.

²³¹ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 988.

²³² Para mais aprofundamentos, veja-se Jean-Jacques Anville N'goran, Du cautionnement solidaire dans l'Acte uniforme portant organisation des garanties, in *Revue Penant*, n.º 857 (1996), p. 409 e ss.

²³³ Veja-se neste sentido, Djimansa N'donigar, *De la solidarité du cautionnement issu du traite OHADA*, in *Revue Juridique Tchadienne*, s. n. e d.; explica ainda este autor, que a solidariedade familiar e tribal está na base da constituição e execução dos contratos em África, por essa razão, o regime da solidariedade estendeu-se para a fiança civil; ob. cit., s. n. e d.

CAPÍTULO III

O DIREITO À LIBERAÇÃO EXTERNA

1. Desvinculação do fiador face ao credor

1.1. O direito a revogação do fiador nas fianças prestadas em contratos de crédito ao consumo

I - A celeridade com que as modificações sociais ocorrem hoje em dia era algo impensável há bem poucos anos atrás. Com efeito, ao mesmo tempo que acontecem incalculáveis alterações sociais, o homem procura conservar alguns institutos, conceitos e valores que perduram há vários anos. Em razão disso, a ciência do Direito procura acompanhar estas evoluções sociais e nos meandros dessas mudanças, encontramos institutos como o contrato, hoje dentro de uma nova realidade social que se distancia da realidade onde foi concedido e desenvolvido. Particularmente elucidativo foi o que manifestou, em 1933, Louis Josserand, quando mostrou a sua preocupação com o fim daquilo que chamou a “idade de ouro” da liberdade contratual²³⁴. Porém, no revés do que receava o jurista francês, o princípio da autonomia da vontade está na actualidade mais forte do que nunca, já que mecanismos foram e continuam a ser concebidos para corrigir as suas imperfeições. Porém, entre todas as realidades afectadas por tais imperfeições e exageros da teoria contratual clássica, o acto de consumir desponta como a sua maior vítima. Com efeito, na sociedade de consumo parte-se de uma relação jurídica contratual desigual, ou seja, temos por um lado o fornecedor do produto ou serviço e de outro, o consumidor que necessita de estabelecer a relação contratual, ou melhor, necessita que lhe sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos. Com isso, coloca-se, em princípio, numa situação de vulnerabilidade.

Aliás pode-se mesmo dizer que, ao contrário do que ocorreu no passado, em que o fornecedor e consumidor se encontravam numa relação equilibrada (até porque se conheciam), que actualmente o fornecedor assume uma posição de força na relação de

²³⁴ Louis Josserand, Le contrat dirigé. Recueil Hebdomadaire, n. 32, Chronique, 1933, p. 19.

consumo e, por isso, muitas das vezes “dita as regras”. Todavia, o direito não pode ficar alheio a tal fenómeno²³⁵.

Numa breve nota, cabe referir que a evidência de acções embrionárias tendentes à protecção dos interesses da colectividade consumidora, surgiram nos finais do século XIX, inicialmente nos Estados Unidos da América e posteriormente, seguindo o exemplo, nos países mais industrializados do ocidente europeu²³⁶. Os Estados Unidos da América, como pioneiros na defesa dos consumidores, no ano de 1906 promulgaram pela primeira vez normativas de índole administrativa para proteger o consumidor. Mais tarde, outros actos legislativos foram se seguindo para combater práticas mercantis fraudulentas, fraudes negociais nos transportes ferroviários, bem como na significativa constituição da *Federal Trade Commission* em 1914, instituída para combater as formas monopolistas de domínio do mercado e defesa dos interesses dos consumidores²³⁷. Outro inédito destaque foi o papel da jurisprudência na árdua aplicação do Direito em benefício do consumidor, sem o qual não se teriam desenvolvido os instrumentos em sua defesa. Também, ao lado disso, se aponta a fundação *Consumers League* criada em 1891 por um movimento de consumidores para defender os seus direitos²³⁸.

Assim, ao longo do século XX a protecção do consumidor espalhou-se por todo o mundo.

No continente europeu, ainda que indirectamente as leis pioneiras de satisfação dos direitos dos consumidores surgiram de maneira geral na Inglaterra através do *Sale of Goods Act*, de 1893, que deu expressão legal às complexidades do contrato de compra e venda de coisas corpóreas. Outra específica contribuição resultou da jurisprudência mediante a inversão do ónus da prova em matéria de responsabilidade

²³⁵ Cfr., Ada Pellegrini Grinover, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado, 5ª ed., Revista, Actualizada e Ampliada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 6.

²³⁶ Cfr. Cláudio Pretini Belmonte, A redução do negócio jurídico e a protecção dos consumidores, uma perspectiva Luso-Brasileira, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Iuridica, 74, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 84; Eduardo António Klausner, Direitos do consumidor no Mercosul e na união europeia, acesso e efectividade, Curitiba, Juruá Editora, 2006, p. 38; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Estudos do instituto de Direito do consumo: Autonomização e configuração dogmática, EIDC, vol. I, Almedina, 2002, p. 16; Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, O consumidor no direito angolano, Instituto de Cooperação Jurídica, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, pp. 17-18.

²³⁷ Cláudio Pretini Belmonte, A redução do negócio jurídico e a protecção dos consumidores, ob. cit., p. 89, n. 279; Carlos Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, p. 34; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Estudos do instituto de Direito do consumo, ob. cit., p. 16; Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, O consumidor no direito angolano, ob. cit., p. 19

²³⁸ José Geraldo Brito Filomeno, Manual de direitos do consumidor, 6ª ed., São PAULO, Atlas, 2003, p. 26.

civil do produtor. Estes instrumentos serviram de base para construções jurídicas nos demais Estados. Na França, criou-se a Lei 1 de Agosto de 1905, que se destinava a reprimir adulterações de produtos alimentares. Já na Alemanha tem-se como referência a lei sobre a concorrência desleal de 1909, apesar de só reflexamente fazer menção a defesa dos direitos consumidores²³⁹.

Porém, as maiores evoluções se verificaram depois do término da Segunda Guerra Mundial, porquanto, num ritmo frenético de grande desenvolvimento económico, de internacionalização da economia e de grandes fusões empresariais, incrementou-se a produção e massa, bem como o comércio geral²⁴⁰. Conforme afirma Elsa Dias de Oliveira, entrou-se no que se chama de “sociedade de consumo” ou de “abundância”²⁴¹. Em reacção, na Europa surgiu em 1947 um dos primeiros grupos organizados de consumidores denominado de Conselho Dinamarquês dos Consumidores. Movimento paralelo estabeleceu-se nos restantes países nórdicos, assim nasceram organizações na Noruega, Suécia e Finlândia. Na Itália fundou-se em 1995 a *Unione Nazionale Consumatori*²⁴².

A década de 60 para diante ficou marcada pela defesa do mais fraco, o consumidor, pois verificou-se enorme produção legislativa nos ordenamentos jurídicos internos, na qual se destacam países como Estados Unidos, Inglaterra, França, Alemanha, Portugal, Espanha, aonde se abriu espaço para o aprofundamento de discussões em torno dessa matéria. Outro plano histórico de destaque aconteceu na comunidade europeia, através da criação da “Carta do Consumidor” em 17 de Maio de 1973, onde se reconheceram os princípios fundamentais dos direitos dos consumidores e a ele se juntaram, posteriormente, diversas medidas legais²⁴³. Paralelamente a iniciativa europeia, as Nações Unidas, na época de 80, adoptou por consenso a

²³⁹ Carlos Alberto Bittar, *Direitos do consumidor*, São Paulo, Forense Universitária, 1991, p. 13; Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*, ob. cit., p. 33; Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, *O consumidor no direito angolano*, ob. cit., p. 21.

²⁴⁰ Mesa Redonda, *A concorrência e os consumidores*, Conselho Económico-Social, Série “Estudos e Documentos”, Lisboa, 2001, p. 18; Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, *O consumidor no direito angolano*, ob. cit., p. 22.

²⁴¹ Elsa Dias de Oliveira, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet, contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista*, Almedina, 2002, p. 25.

²⁴² Cfr. Jorge Pegado Liz, *Introdução do Direito e à Política do consumo*, Notícias Editorial, 1999, p. 31, n. 37.

²⁴³ Cláudio Pretini Belmonte, *A redução do negócio jurídico e a protecção dos consumidores*, ob. cit., pp. 92-93; Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, *O consumidor no direito angolano*, ob. cit., pp. 27-29.

Resolução 39/248 de 16 de Abril de 1985, onde se verificou pela primeira vez preceitos específicos de efectiva defesa dos interesses dos consumidores no espaço mundial²⁴⁴.

Em sede desta evolução, realizou-se a Conferência Africana sobre a protecção do consumidor de 28 de Abril a 02 de Maio de 2006, na qual se orientou a cada Governo a necessidade de se estabelecer como prioridade a defesa e protecção dos consumidores²⁴⁵. Ainda nesta perspectiva, aponta-se a importância conferida aos consumidores da América Latina, com destaque para as regras estatais adoptadas e a actividade do Mercosul, a partir da década de 80²⁴⁶.

Em face desta realidade, não podemos assim deixar de apontar os corpos normativos que sistematizaram o material jurídico disperso sobre a protecção do consumidor. Falamos da França, que o fez em 1993; e mesmo o Brasil, através do Código de Defesa do Consumidor que se consolidou com Lei 8078, de 11 de Setembro de 1990, revelando-se um avançado instrumento de protecção do consumidor, do qual resultou uma expressa determinação constitucional que visou preencher uma lacuna legislativa justificada na ausência de qualquer protecção ao consumidor. Porém, neste país, a sua aceitação não se mostrou pacífica, pois várias entidades tentaram ao longo dos anos escapar da sua actuação, como acontecia com as instituições financeiras que através de recursos recusavam-se a cumprir as normas estabelecidas no CDC, até decisão do Supremo Tribunal Federal a determinar que os bancos tinham efectivamente uma relação de consumo com os seus clientes, portanto sujeitam-se às regras do CDC²⁴⁷.

Torna-se, por sua vez, relevante sublinhar a lápis grosso que, a Alemanha e a Holanda integraram estas matérias nos seus Códigos Civis.

Em Angola, face a frenética abertura do mercado, criou-se o Instituto de Defesa do Consumidor “INADEC”, através do Decreto n.º 5/97, de 25 de Julho, tutelado pelo Ministério do Comércio, com vista a salvaguardar os direitos dos consumidores. Desde então, surgiu a primeira Federação Angolana de Associação de Consumidores (FAAC), publicada em Diário da República, III Série, n.º 26 de Abril de 2003. Tal instituição está ligada a diferentes associações de consumidores, sem contudo manterem qualquer

²⁴⁴ Veja-se, Eduardo António Klausner, Direitos do consumidor no Mercosul, ob. cit., p. 40.

²⁴⁵ Cfr., Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, O consumidor no direito angolano, ob. cit., p.32.

²⁴⁶ Cfr., Eduardo António Klausner, Direitos do consumidor no Mercosul, ob. cit., p. 40 e ss.

²⁴⁷ Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais, 5ª Edição revista, actualizada e ampliada, Editora Revistas dos Tribunais, 2005, p. 141 ss.

vínculo jurídico, como sucede com a Associação de Defesa do Consumidor (ADECOR) e a AADIC, Associação Angolana dos Direitos do Consumidor fundada em 2012. Porém, a nosso ver, parece-nos que a defesa pelos direitos do consumidor em Angola ainda não atingiu a sua maturação, apesar dos esforços desenvolvidos para tal. Na nossa visão, julgamos ser uma questão de cultura que ainda não se encontra entranhada em grande parte da população, e até mesmo uma questão de ausência de activismo, levando a que muitos desconheçam os seus direitos e os que conhecem pouco ou nada se esforçam por eles.

No entanto, é de salutar que a Constituição angolana em sede dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, como um direito positivo de actuação do Estado, prevê sob o título: Direitos do Consumidor (art.º 78º), tal protecção. Por sua vez, reafirma-se a sua maior amplitude e supremacia quando tal dispositivo se conjuga com um outro, ditado no âmbito do sistema orientador da ordem económica constitucional angolana, nas vestes de princípio fundamental (al. h), n.º 1 do art.º 89º da Constituição).

Desse modo, vemos claramente a orientação directa do Estado na defesa e garantia constitucional dos direitos básicos do consumidor, daí admitir-se que esta matéria transformou-se em “questão do Estado”. Por isso, não nos surpreende que os direitos do consumidor para efeitos de tutela, logo na própria Constituição, promova a necessidade da defesa dos interesses colectivos e difusos no qual obviamente não ficam de fora os consumidores finais que, pela própria razão de ser, constitui uma atribuição do Ministério Público (al. d) do art.º 186º), órgão institucionalmente comprometido com o papel de guardião da sociedade e da ordem jurídica (Lei n.º 22/12, de 14 de Agosto).

Em Portugal, algumas normas penais antigas já protegiam, ainda que indirectamente, os consumidores, punindo determinadas práticas comerciais, como a venda de substâncias nocivas para a saúde pública²⁴⁸. Neste país, para além do referido, o primeiro instrumento no qual se verificou preocupação específica com a defesa dos direitos dos consumidores foi a Proposta de Lei sobre a promoção e a defesa do consumidor, apresentada ainda antes da mudança de regime em 1974. Porém não

²⁴⁸ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, ob. cit., p. 40; Jorge Pegado Liz Introdução ao Direito e à Política do Consumo, ob. cit., p. 66.

prosseguiu²⁴⁹. Só mais tarde, a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto veio a aprovar o primeiro instrumento de defesa do consumidor; e em 1982, a primeira revisão da CRP introduziu expressamente na lei fundamental alguns direitos dos consumidores²⁵⁰. Anos depois, a Lei Constitucional n.º 1/89, que aprovou a segunda revisão da Constituição, inseriu a matéria dos direitos do consumidor no capítulo dos direitos fundamentais²⁵¹. Em 1996, a primeira Lei de Defesa do Consumidor foi substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Porém, em Março de 2006, foi apresentado o Anteprojecto de Código do Consumidor, embora sujeito a algumas críticas²⁵², mas parece-nos que o instituto foi condensar as regras do consumo dispersas em vários instrumentos, o que acabaria por se tornar vantajoso para todos.

No entanto, a Lei n.º 24/96 de 31 de Julho foi submetida há várias alterações ao abrigo da Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro, posteriormente através do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, da Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro e do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro; porém, este último sofreu a sua primeira alteração por força da Lei 47/2014, de 28 de Julho, satisfazendo-se a exigência da Directiva n.º 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores.

Na CRP, no entanto, não se encontra nenhum conceito de consumidor, como até se percebe. Porém a Lei de Defesa do Consumidor vem fazê-lo no n.º 1 do art.º 2º ao considerar consumidor: *aquela a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que*

²⁴⁹ Cfr. José de Oliveira Ascensão, Direito civil e Direito do consumidor, in Themis – RFDUNL, Edição Especial – Código Civil Português (Evolução e Perspectivas Actuais), 2008, pp. 165-182.

²⁵⁰ Cfr. José Magalhães Godinho, Palavras Introdutórias do Presidente da Associação para o PdD”, in PdD, Ano II, n.º 2, 1984, pp. 9-12; António Sousa Franco, Noções de Direito da Economia, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, 1982-1983, p. 194.

²⁵¹ Catarina Sampaio Ventura, Os Direitos fundamentais à luz da quarta revisão constitucional, in BFDUC, vol. LXXIV, 1998, pp. 493-527.

²⁵² José de Oliveira Ascensão, defende que: “nunca se deveria [...] regular institutos inteiros, pela única razão de conterem também regras de protecção do consumidor. Mas é o que faz o Anteprojecto português”, afirma ainda o autor: “absorver integralmente institutos gerais não é regular o estatuto do Consumidor, é criar o tal Código Civil II que rejeitamos”. Veja-se, Direito civil e Direito do consumidor, ob. cit., p. 178; António de Menezes Cordeiro defende que o Código: “irá quebrar a unidade do Direito civil português, reduzindo a pouco a eficácia diária do Código Civil”; nestes termos a solução deve ser repensada. Veja-se, Da reforma do Direito civil Português”, in O Direito, Anos 134º - 135º, 2002/2003, pp. 31-44.

exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”²⁵³.

II - Chegados a este ponto, é altura de equacionar se é de aplicar ao fiador a protecção prevista para o consumidor.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, actualmente Tribunal de Justiça da União Europeia, enunciou dois requisitos fundamentais para que o fiador pudesse apresentar-se como consumidor: “*que seja uma pessoa singular que [...] age com fins que podem ser considerados como alheios à sua actividade profissional*” e, que a fiança seja “*acessória a um contrato pelo qual um consumidor se comprometeu [...] em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços*”²⁵⁴. Deste modo, a fiança pode ser acessória a um contrato de consumo - contrato pelo qual uma pessoa singular se compromete em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços²⁵⁵.

Para a doutrina espanhola, sempre que a fiança seja caracterizada como um acto de consumo, isso implica, por força do princípio da acessoriedade, uma extensão ao fiador dos meios de defesa que são permitidos ao consumidor (devedor principal) em relação ao fornecedor²⁵⁶. Para além deste regime, discute-se ainda a aplicabilidade de protecção ao fiador, quando a fiança tenha sido constituída fora do estabelecimento do credor.

Sobre a questão, pronunciou-se o Supremo Tribunal espanhol, ainda na vigência da Directiva 85/577/CEE, na qual considerou que o contrato de fiança não configura uma operação de crédito ao consumo, pelo que, em princípio o seu regime não será aplicável directamente a fiança, apesar de poder ser aplicado por via da acessoriedade; ou seja, o fiador goza nos termos gerais dos direitos que são atribuídos ao devedor

²⁵³ O CDC brasileiro define consumidor no seu art.º 2º como: “*toda pessoa física ou jurídica que adquiere ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Acresce o parágrafo único deste artigo que: “Equipara-se a consumidor a colectividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Em Angola, o n.º 1 do art.º 3º define o consumidor como: “*toda a pessoa física ou jurídica a quem sejam fornecidos bens e serviços ou transmitidos quaisquer direitos e que os utiliza como destinatário final, por quem exerce uma actividade económica que vise a obtenção de lucros*”.

²⁵⁴ Os argumentos deduzidos pelo Tribunal de Justiça no Ac. de 17 de Março de 1999 proferidos no âmbito da Directiva 1985/577/CEE, foram igualmente confirmados pelo Ac. de 14 de Março de 2013, proferido a propósito do Regulamento (CE) n.º 44/2001. Cfr., JULGAR *online*, Setembro de 2016, p. 37.

²⁵⁵ Ac. do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 1998.

²⁵⁶ Ángel Carrasco Perera, Tratado de los derechos de garantía, T. I³, ob. cit., p. 108.

principal²⁵⁷. Noutro Ac. de 17 de Março de 1998, o Supremo Tribunal espanhol considerou que muito embora não se declare expressamente no teor da Directiva a figura do fiador, o certo é que o contrato fidejussório se rege pelas normas protectoras do contrato principal²⁵⁸. Contudo na situação analisada pelo Supremo Tribunal espanhol foi recusado ao fiador a possibilidade de beneficiar do direito à informação e a possibilidade de desistir do contrato conforme estabelece a Directiva; pois embora o fiador se tratasse de pessoa singular, que actuava fora do âmbito das suas relações profissionais e o contrato tivesse sido celebrado fora do estabelecimento comercial, a questão era que o devedor principal era uma sociedade, ou seja, a fiança garantia o reembolso de uma dívida contraída por outra pessoa, que agia no âmbito da sua actividade profissional²⁵⁹. Na doutrina, Aída de Carlucci defende que, havendo um contrato celebrado ao abrigo da Directiva 85/577/CEE do Conselho de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais²⁶⁰, a protecção conferida ao devedor principal se entende por via da acessoriedade ao contrato fidejussório²⁶¹.

Em posição contrária, um outro Ac. do Supremo Tribunal espanhol, considerou que ao fiador não se estende a protecção conferida ao consumidor na aludida Directiva. Porém, colocou-se a questão de se aplicar uma outra Directiva 87/102/CEE de 22 de Dezembro de 1986²⁶², relativa aos contratos de crédito ao consumo; contudo também veio a final o Tribunal a declarar que aquela se destinava exclusivamente ao devedor, e não ao fiador, pois aos contratos de crédito não se inclui a fiança, que se trata de garantia pessoal e não de um empréstimo, não se mostrando, por outro lado, um pagamento diferido e, muito menos, de qualquer facilidade de pagamento no sentido

²⁵⁷ Ac. do Tribunal Superior Espanhol de 23 de Março de 2000, disponível em www.poderjudicial.es, visualizado em 07 de Junho de 2017.

²⁵⁸ Cfr., Aída Kemelmajer de Carlucci, La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía “excesiva”, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. II, 2002, p. 2121.

²⁵⁹ Aída Kemelmajer de Carlucci, La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía “excesiva”, ob. cit., p. 2122.

²⁶⁰ O art.º 4º e 5º desta Directiva estabelecem a obrigação do comerciante informar por escrito, ao consumidor do direito que lhe assiste de rescindir o contrato no prazo de sete dias.

²⁶¹ Aída Kemelmajer de Carlucci, La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía “excesiva”, ob. cit., p. 198.

²⁶² Esta Directiva foi posteriormente modificada pela Directiva 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro de 1990, pela Directiva 98/7CE, de 16 de Fevereiro de 1998, tendo sido transposta para o quadro jurídico português através do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que foi objecto de alterações pelo Decreto-Lei n.º 101/2000, de 2 de Junho; a segunda alteração ocorreu por via do Decreto-lei n.º 82/2006, de 3 de Maio. Porém actualmente vigora nesta matéria a Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores, transposta para o regime jurídico interno pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho.

expresso na Directiva²⁶³. Porém, revelou o facto de tal Directiva ser de mínimos, o que permite aos Estados Membros, em sede de transposição, estabelecer medidas que protejam ao fiador²⁶⁴.

No entanto, a Directiva 85/577/CEE, bem assim a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, esta última relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, foram revistas à luz da experiência adquirida, e decidiu-se a substituição por um único instrumento, a Directiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, que passou a estabelecer normas-padrão para os aspectos comuns dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Nestes termos, a alínea h, do n.º 1 do art.º 6º determinou: *“Antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato à distância ou celebrado fora do estabelecimento comercial ou por uma proposta correspondente, o profissional faculta ao consumidor, de forma clara e compreensível, as seguintes informações: Sempre que exista um direito de retractação, as condições, o prazo e o procedimento de exercício desse direito nos termos do artigo 11.º, n.º 1, bem como modelo de formulário de retractação apresentado no anexo I, Parte B”*. Estabelece ainda o art.º 9º que: *“Ressalvando os casos em que se aplicam as excepções previstas no artigo 16.º, o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias para exercer o direito de retractação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, sem necessidade de indicar qualquer motivo, e sem incorrer em quaisquer custos para além dos estabelecidos no artigo 13.º, n.º 2, e no artigo 14º”*. Assim, o art.º 12º estabelece que o exercício do direito de retractação determina a extinção das obrigações das partes.

No entanto, nem a Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008 que substituiu a Directiva 87/102/CEE de 22 de Dezembro de 1986, nem o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho que substituiu Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, através dos quais se transpôs para o regime jurídico as regras relativas aos contratos de crédito aos

²⁶³ Conclusões do Advogado Geral Philippe Léger apresenta em 28 de Outubro de 1999, ponto 36, disponível em www.curia.europa.eu, visualizado em 07 de Junho de 2017. Porém referiu ainda, Philippe Léger que, os riscos a que o fiador se expõe são de uma natureza distinta daqueles que caracterizam o crédito ao consumo, já que o garante assume o risco do estado de insolvência do devedor e do desconhecimento do modo de funcionamento da fiança, pelo que não é de se aplicar a Directiva 87/102/CEE, que não se adequa ao fiador, independentemente de ser uma obrigação acessória. Pontos 60, 62, 63-66 das Conclusões deste Advogado Geral, disponível em www.curia.europa.eu, visualizado em 07 de Junho de 2017.

²⁶⁴ Aída Kemelmajer de Carlucci, La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía “excesiva”, ob. cit., p. 2122.

consumidores, contém qualquer disposição que determine a sua aplicabilidade às garantias.

Na doutrina brasileira, equaciona-se se as fianças prestadas em contratos de consumo subscritas como um contrato de adesão seria aplicável o CCB e o CDC ou apenas o primeiro.

Na realidade a jurisprudência brasileira tem mitigado a distinção dos regimes legais havidos entre contratos submetidos ao CC e ao CDC, tendo-os aglutinado sob um requisito específico: a vulnerabilidade. Com isso, um contrato ao qual seria somente de se aplicar o regime previsto no CCB, aplicar-se-ia também as regras previstas no CDC, fundado na igualdade material, se um dos contraentes fosse qualificado como vulnerável. Neste entendimento num Ac. do STJ brasileiro de 27 de Setembro de 2009 se decidiu: *“O critério fundamental, sem dúvida, para a melhor identificação da existência de uma relação de consumo é o da vulnerabilidade, nas suas diversas projecções, porque permite enlaçar o Código de Defesa do Consumidor com a teoria moderna dos contratos que fina raízes mais fortes na boa-fé e na destinação social. Não é por outra razão que o Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, consagra [...] no art.º 423, que a existência de cláusulas ambíguas ou contraditórias em contratos de adesão conduz a uma interpretação mais favorável ao aderente, o que também está previsto no art.º 47º do Código de Defesa do Consumidor. Isto quer dizer que o novo Código Civil pôs a disciplina dos contratos também sob a égide de princípios que estão entranhados no Código de Defesa do Consumidor para proteger o consumidor. Desta forma, poder-se-á considerar no exame dos contratos sob o ângulo do Código Civil aquelas regras estabelecidas no art.º 51º do Código de Defesa do Consumidor que cuida das cláusulas abusivas, sem perder de vista o conceito de vulnerabilidade como base de identificação da relação de consumo, com menor peso, portanto, para o conceito de destinatário final, levando-se em conta o que dispõe o art.º 29º do Código de Defesa do Consumidor”*²⁶⁵. No mesmo sentido, alguma doutrina considera que, tratando-se contrato de fiança de um contrato de adesão, o fiador é vulnerável por excelência, porquanto prometeu que o devedor principal adimpliria, sem ter recebido nada em troca. O fiador titularizaria a *haftung* sem que titularizasse a *schuld*. Nestes termos, para os defensores desta tese, uma vez demonstrada a

²⁶⁵ Ac. do STJ brasileiro de 27 de Setembro de 2009, disponível em www.stj.jus.br, visualizado em 07 de Junho de 2017.

vulnerabilidade do fiador em determinado contrato massificado, o fiador tem de ser protegido, inclusivamente por força do carácter acessório da garantia fidejussória²⁶⁶.

Assim, mesmo que o fiador não se enquadre no conceito de consumidor estabelecido do art.º 2º do CDC (Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final), seria aplicável a este o conceito de consumidor previsto no art.º 29º do CDC (para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas)²⁶⁷. Nestes termos, o art.º 29º aplica-se mesmo até às hipóteses em que não haja uma relação de consumo propriamente dita – aquisição ou utilização de produtos ou serviços na condição de destinatário final –, fundamentalmente para harmonizar os interesses do mercado de consumo, reprimir os abusos do poder económico e proteger aqueles que, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, poderão utilizar em seu benefício as normas especiais da CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado para combater práticas comerciais abusivas²⁶⁸.

Assim, constitui entendimento que as fianças prestadas em contratos de consumo, especialmente se se tratar de contratos de adesão, deverá atender-se o carácter benefício e *intuitu personae* da garantia que colocam o fiador numa situação de vulnerabilidade, pelo que este deve ser protegido pelo CDC.

No entanto, em Portugal Januário da Costa Gomes, ao referir-se ao Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 17 Março de 1998, ainda na vigência da Directiva 85/577/CEE, afirma ser incorrecto centrar a resposta do problema na acessoriedade da fiança. Para esse autor, essa vertente leva à: “*situação insólita de o fiador gozar de um direito de retractação quando o devedor seja um consumidor (face à LDC) e não gozar de idêntico direito nas situações a priori bem mais graves em que o devedor é um profissional. A vulnerabilidade (no caso, o fiador) – que está na base do reconhecimento do direito de resolução quer pela Directiva 85/577 quer pela LDC – não conhece gradações diferentes consoante o devedor principal seja v.g. um*

²⁶⁶ Cfr. Alessandro Schirrmester Seggalla, A funcionalização do contrato de fiança: proposta de revalorização do instituto, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 172.

²⁶⁷ Cfr. Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª ed. revista, actualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 157.

²⁶⁸ Cfr. Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ob. cit., p. 157; no mesmo sentido, Nelson Nery Júnior, Código brasileiro de defesa do consumidor, 6ª ed. revista, actualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, pp. 470-471.

*consumidor de crédito no sentido da LCC ou um empresário no exercício da sua profissão; ou se as conhece, tal vulnerabilidade é, a priori, bem maior no caso em que o devedor é um profissional*²⁶⁹.

Por sua vez, Cláudia Madaleno ao referir-se a aplicação ao fiador do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho afirma: “[...] à semelhança do que foi aceite nalgumas decisões do TJCE, que essa aplicabilidade decorre do princípio da acessoriedade vigente na legislação de cada Estado membro. Com efeito, se for constituída uma garantia acessória, como é o caso da fiança, do penhor ou da hipoteca (pelo menos, na ordem jurídica portuguesa), é aplicável à garantia o princípio da acessoriedade, decorrendo daqui efeitos ao nível da constituição, do âmbito, da execução, da transmissão e da extinção, que reflectem a dependência da garantia face ao direito garantido. Nestes termos, mesmo sem uma norma expressa que estenda à garantia o regime aplicável ao direito garantido, essa aplicabilidade pode ser defendida com recurso ao princípio da acessoriedade, obviamente quando esteja em causa uma garantia acessória, tratando-se aqui de acessoriedade na execução”²⁷⁰. Acresce ainda esta autora, que nos termos da Directiva, a aplicabilidade deste regime fica apenas limitado às garantias pessoais acessórias, tal como à fiança, e às garantias reais acessórias sobre bens móveis²⁷¹. Ora, nestes termos para se aplicar Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho à fiança, relativa ao créditos aos consumidores, naturalmente exige-se a presença de uma relação de consumo, devendo para tanto o fiador que prestou a garantia preencher o conceito constante da al. a), n.º 1 do art.º 4º: “Consumidor - a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”, por sua vez, o credor deverá preencher o estabelecido na al. b), n.º 1 do art.º 4º: “Credor - a pessoa, singular ou colectiva, que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional”. De qualquer modo, defende Cláudia Madaleno, a medida de protecção a atribuir ao garante através do princípio da acessoriedade depende do facto de este ser ou não profissional, independentemente de o devedor principal o ser ou não, já que o poder de negociação é reduzido em qualquer destas situações ²⁷².

²⁶⁹ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 763-764.

²⁷⁰ Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., p. 183.

²⁷¹ Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., p. 183.

²⁷² Cláudia Madaleno, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., pp. 184 e 187.

Do nosso ponto de vista, independentemente de a fiança poder ser uma garantia acessória e, para além dos meios de defesa que lhe são próprios, tem o garante o direito de invocar os meios de defesa que são próprios do devedor; no entanto, temos de ter em consideração que a peça fundamental para aplicação ao fiador das regras de protecção do consumidor é, a nosso ver, a sua vulnerabilidade. Ou seja, a vulnerabilidade constitui o ponto de partida para se aplicar ao elo mais fraco da relação às regras de protecção do consumidor.

Contudo, não podemos ignorar que é imprescindível que o fiador esteja a garantir uma relação de consumo, ou seja, fora do seu âmbito profissional, ao contrário do devedor garantido, que poderá ou não ser um especialista na matéria. Verificadas estas condições, o critério vulnerabilidade é que conduz a protecção específica do fiador para assegurar o normal equilíbrio contratual, partindo do princípio que o contrato não pode ser um instrumento de protecção de uma das partes em detrimento de outra.

III – Chegados aqui, não se deixa de equacionar se no âmbito no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho relativo aos contratos de crédito ao consumo, o fiador não profissional goza ou não do direito de arrependimento.

Ora, o direito de arrependimento é um dos principais meios de protecção dos consumidores. Constitui actualmente um dos institutos mais emblemáticos do direito do consumo, onde surge para dar resposta aos problemas colocados pela insuficiência do regime geral da invalidade dos vícios da vontade, em especial da coacção e do erro²⁷³. A sua origem remonta aos anos 60 e 70, em áreas específicas de alguns países Europeus. Em Portugal, a sua recepção dá-se por via do direito comunitário, através do Decreto-lei n.º 287/87 de 3 de Julho, no qual constava o direito de livre resolução nas vendas realizadas a domicílio, entretanto revogado pelo Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, que, por sua vez deu lugar, recentemente, ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, também alterado como vimos mais acima.

O direito de arrependimento é definido por José Proença como um direito subjectivo potestativo, que dispensa a indicação dos motivos que levam ao seu exercício e o pagamento de qualquer montante indemnizatório. Este modo de desvinculação atribuído ao consumidor de forma discricionária, é reconhecido pela ordem jurídica

²⁷³ José Ramón García Vicente, *Derecho de Desistimiento*, in *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 845-881.

como uma vantagem, capaz de lhe permitir uma reflexão sobre o negócio celebrado; e se a tal ponderação chegar, desvincular-se das obrigações que lhe são inerentes. Este direito pressupõe, “*em regra, a conclusão instantânea de um contrato de consumo*”²⁷⁴. Por sua vez, para Carlos Ferreira o direito do arrependimento compreende as hipóteses em que, a lei concede a um dos contraentes – o consumidor – a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral e imotivada²⁷⁵. Assim, consiste na concessão de tempo necessário para um consentimento reflectido, um período que protege os consumidores contra precipitações ou pressões psicológicas. Portanto, visa conferir ao consumidor a possibilidade de se desvincular do compromisso que assumiu em função de pressões a que estava sujeito²⁷⁶.

Ora, o regime jurídico do direito de arrependimento apresenta-se extremamente controverso, principalmente porque o acervo legislativo que confere a possibilidade de desistência pelo consumidor não trata o instituto de maneira uniforme. Veja-se que esta figura expande-se em inúmeros diplomas com uma denominação diferente, desde direito de resolução, período de reflexão, direito de livre resolução, e ainda na LDC surge como “*direito à retractação*”, destinado aos contratos de consumo em geral, de acordo ao estabelecido no n.º 7 do art.º 9º, na qual determina: “*Sem prejuízo de regimes mais favoráveis, nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de livre resolução no prazo de 14 dias, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*”.

A dificuldade de compreensão do regime jurídico do direito de arrependimento também é admitido pela doutrina, onde Januário da Costa Gomes defende que o direito de arrependimento é uma forma de resolução contratual, que tem, em princípio, efeito

²⁷⁴ Cfr. Carlos José Carlos Brandão Proença, A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: Um verdadeiro direito de resolução? In Revista da Ordem dos Advogados, vol. I, 2010, p. 18.

²⁷⁵ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, ob. cit., p. 105; Jorge Pegado Liz Introdução ao Direito e à Política do Consumo, ob. cit., p. 105; Fernanda Neves Rebelo, O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor, in Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 571; José Engrácia Antunes, Direito dos contratos comerciais, reimp., Almedina, 2017. p. 325.

²⁷⁶ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, Os direitos dos consumidores, ob. cit., p. 107

retroactivo²⁷⁷. Para Oliveira Ascensão, este direito aproxima-se da revogação contratual, pois fica inteiramente na disponibilidade do consumidor²⁷⁸. Na visão de Pedro Romano Martinez, o exercício do direito de arrependimento pode ser considerado uma forma de revogação unilateral que, na falta de regras próprias, segue o regime da resolução²⁷⁹. Comparativamente, a doutrina espanhola defende que o arrependimento não constitui uma hipótese de resolução porque esta figura encontra-se directamente ligada ao incumprimento contratual por uma das partes, que não é o caso, levando o arrependimento a aproximar-se mais da revogação, visto que tem efeitos retroactivos²⁸⁰. Por sua vez, o CDC brasileiro estabelece a possibilidade dos consumidores desistirem dos contratos celebrados fora do estabelecimento. O parágrafo único do art.º 49º utiliza mesmo a expressão “*direito de arrependimento*”²⁸¹. Porém, pouca doutrina se pronunciou sobre a natureza jurídica deste instituto. Dentre os poucos autores, se destaca Cláudia Lima Marques, para quem o direito de arrependimento constitui uma nova causa de resolução do contrato. Portanto é uma faculdade unilateral do consumidor resolver o contrato dentro de um prazo legal de reflexão, sem ter que arcar com os ónus contratuais normais da resolução por inadimplemento²⁸².

Quanto aos contratos de crédito ao consumo, estabelece o n.º 1 do art.º 17º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, o direito de livre revogação. A ser assim, o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias, contados, em princípio da celebração do vínculo, para exercer o direito de revogação do contrato de crédito, sem necessidade de indicar qual o motivo. Januário da Costa Gomes pronunciou-se sobre a questão, numa altura em que vigorava o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, e fundamentou que por força do n.º 1 do art.º 631º: “*a contenção do direito de revogação do fiador pelo do consumidor consubstanciaria um tratamento mais gravoso daquele confrontado com*

²⁷⁷ Cfr. Januário da Costa Gomes, Sobre a articulação de arrependimento do adquirente de direito real de habitação periódica e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo, veja-se, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 3, Julho de 1995, p. 74.

²⁷⁸ Cfr. José de Oliveira Ascensão, Direito Civil. Teoria Geral, vol. II, Acções e Factos Jurídicos. 2ª Ed., Coimbra, 2003, p. 419.

²⁷⁹ Cfr. Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, ob. cit., pp. 56-57.

²⁸⁰ María Teresa Álvarez Moreno, El desistimiento unilateral en los contratos com condiciones generales, Editorial de Derecho Reunidas, S.A., pp. 193 e 194.

²⁸¹ Determina o parágrafo único do art.º 49º: “*Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados*”.

²⁸² Cfr. Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ob. cit., p. 710; Bruno Miragem, Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; protecção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 243-244.

o dado a este último, justificando-se, assim, plenamente, a sobrevivência do direito de revogação do garante [...] ainda que tal direito já não subsista na esfera do devedor principal²⁸³. Do nosso ponto de vista, Parece-nos que, tal conteúdo é extensível ao fiador, desde que se trate efectivamente de uma relação de consumo, de acordo ao anteriormente fundamentado, não só por força da acessoriedade, mas sobretudo pela vulnerabilidade do garante²⁸⁴. Em sentido contrário, relativamente a Directiva 2008/48/CE, defende Peter Rott que ao fiador não assiste este direito, uma vez que este se destina exclusivamente ao devedor principal, já que a mesma não indica expressamente a possibilidade de extensão ao garante²⁸⁵.

Porém, a referida Directiva, bem como o Decreto-Lei n.º 133/2009, têm carácter imperativo e não podem ser afastados pelo consumidor conforme determinam o n.º 2 do art.º 22º da Directiva e o art.º 26º do Decreto-Lei: “O consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força das disposições do presente decreto-lei, sendo nula qualquer convenção que os exclua ou restrinja”.

1.2. Desvinculação do fiador na fiança de crédito futuro

I – Resta-nos por esta altura falar da possibilidade de desvinculação do fiador na fiança de crédito futuro. No tocante a este problema, de imediato se coloca a questão de saber se o fiador goza do direito à liberação em crédito de obrigação futura tão logo se agrave a posição do devedor.

O código suíço (revisão de 1941), ainda da época no nosso CS, mantém a mesma posição até ao presente. Determina relativamente à fiança de crédito futuro que: “*a caution qui a garanti une dette future peut, tant que la dette n’a pas pris naissance, révoquer en tout temps son cautionnement par une déclaration écrite au créancier, lorsque la situation financière du débiteur s’est sensiblement aggravée depuis le jour où elle s’est engagée ou lorsqu’il s’avère subséquentement que cette situation est notablement plus mauvaise qu’elle l’avait admis de bonne foi*” (n.º 1 do art.º 510º); ou

²⁸³ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 753.

²⁸⁴ Cláudia Madaleno, defende igualmente a aplicação deste artigo ao fiador nos termos gerais do princípio da acessoriedade da fiança, quando se está perante uma relação de consumo, seguindo assim a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Espanhol, veja-se, A acessoriedade nas garantias das obrigações, ob. cit., p. 185.

²⁸⁵ Peter Rott, Consumer guarantees in the future Consume Credit Directive: mandatory ban on consumer protection? *In European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 3, 2005, pp. 383-404, p. 393; Também disponível em www.kluwerlawonline.com, visualizado em 07 de Junho de 2017.

seja, estabelece este articulado que o fiador que garantiu um crédito futuro pode, desde que o crédito não tenha nascido, revogar a fiança a todo tempo por meio de declaração escrita ao credor, caso a situação financeira do devedor se torne consideravelmente preocupante após a assinatura da fiança ou se apenas depois se revela que a sua situação patrimonial é significativamente pior em relação àquela julgada pelo fiador de boa-fé. Assim, nos termos deste preceito, a fiança vinculada a garantir uma obrigação futura, abre portas para o fiador, enquanto não se conceder o crédito, revogar a todo tempo a garantia mediante declaração escrita dirigida ao credor mas, anote-se, apenas no caso da situação financeira do devedor se agravar sensivelmente depois da constituição da garantia ou se posteriormente se demonstrar que a situação financeira do devedor é pior do que julgava o fiador de boa-fé. Neste particular, estabelece ainda a parte final do n.º 1 do art.º 510º: “*Le cautionnement d’officiers publics ou d’employés ne peut plus être révoqué lorsque la nomination ou l’engagement a eu lieu*”; isto é, tratando-se de fiança oficial ou de serviço, não é possível a revogação após a sua constituição.

No entanto, sublinhe-se, nas circunstâncias em que é possível ao fiador revogar a fiança e a concretizar, vê-se obrigado a pagar indemnização ao credor pelos danos causados, resultante da boa-fé depositada naquela fiança, conforme determina o n.º 2 do art.º 510º, ao expressar: “*La caution est tenue de réparer le dommage résultant pour le créancier du fait qu’il s’est fié au cautionnement*”.

Por outro lado, o citado código helvético estabelece de forma especial os prazos para denúncia de fiança de um funcionário público. Assim, determina o art.º 504º que no concernente à fiança oficial, caso seja de duração indeterminada, pode ela ser denunciada no prazo de um ano, mais precisamente no fim de um período de serviço (*Le cautionnement d’un officier public peut, s’il est de durée indéterminée, être dénoncé pour la fin de chaque période de nomination par avertissement donné une année à l’avance*, n.º 1 do art.º 512º). Na eventualidade de se tratar de cargo público que não seja conferido por período determinado, pode o fiador oficial denunciar a fiança no período de um ano, mas agora no fim de quatro anos depois da entrada ao serviço (S’il s’agit d’un office public qui n’est pas conféré pour une période fixe, le cautionnement peut, par avertissement donné une année à l’avance, être dénoncé pour la fin de chaque période de quatre ans comptée à partir de l’entrée en fonctions, n.º 2 do art.º 512º). Há, porém, que observar o seguinte: no caso de uma fiança de serviço por tempo indeterminado, cabe ao fiador o mesmo direito de denúncia que ao fiador oficial na

hipótese de duração indeterminada do ofício (*Dans le cautionnement d'employés donné pour une durée indéterminée, la caution a le même droit de dénonciation que s'il s'agissait d'officiers publics*, n.º 3 do art.º 512º). Contudo, o n.º 4 do art.º 512º não recusa que seja estabelecida convenção em contrário (*Sont réservées les conventions contraires*).

Em presença do que se afirmou, se o funcionário é nomeado por certo período de tempo, embora a nomeação possa ser renovada, presume-se que a fiança foi prestada para vigorar apenas durante o primeiro período de nomeação. Se, por sua vez, o funcionário é nomeado sem período certo de tempo, não se mostra razoável que o fiador queira afiançá-lo indefinidamente. Sendo isso assim, o Código suíço fixa o prazo de quatro anos como acima se demonstrou²⁸⁶.

Por sua vez, ainda que o BGB não o determine, defende a doutrina alemã que o fiador goza do direito de denunciar a fiança de crédito futuro antes de se ter concedido o crédito ao devedor se, depois de outorgada a garantia, a situação patrimonial do devedor se agravou de tal forma que periguesse o direito que o fiador tem de reaver o que haja pago. Mas para lá disso, acresce a doutrina que as fianças não são prestadas para sempre, pelo que, na dúvida, se confere ao fiador o direito de denunciar para o futuro a fiança, uma vez decorrido um tempo razoável calculado segundo as circunstâncias do caso concreto; embora em certas situações as partes cheguem mesmo a estabelecer um prazo de denúncia²⁸⁷.

O *codice*, por sua vez, estabelece no seu art.º 1938º, que a fiança pode ser constituída para garantir uma obrigação futura, desde que seja determinado no título essa hipótese (*La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura, con la previsione in quest'ultimo caso dell'importo massimo garantito*). Em virtude disso, declara o *codice* no seu art.º 1956º que o fiador pode liberar-se de obrigação futura, na eventualidade do credor, sem o seu consentimento, conceder crédito a terceiro, apesar de conhecer que as condições patrimoniais deste se tornaram tão desfavoráveis que se apresenta mais difícil a satisfação do crédito (*Il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza special autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più*

²⁸⁶ Cfr., Ludwing Enneccerus, Tratado de Derecho civil, T. II, vol. II, ob. cit., p. 608 e ss.

²⁸⁷ Cfr., Ludwing Enneccerus, Tratado de Derecho civil, T. II, vol. II, ob. cit., p. 619.

difficile il soddisfacimento del credito). Atento a esta realidade, conforme tivemos a ocasião de ver, nesta situação o credor tem o direito de recusar a concessão de crédito conhecendo o agravamento da situação patrimonial do devedor. Se não o fez, mesmo tendo conhecimento da situação e sem autorização do fiador, parece razoável que o garante tem o direito de se libertar da garantia fidejussória²⁸⁸. Sobre o mencionado preceito, refere ainda doutrina italiana que para o fiador libertar-se não tem o devedor de estar necessariamente em situação de insolvência; basta apenas que exista receio fundado que o devedor não conseguirá cumprir a obrigação. Inversamente, se no momento em que o garante concedeu a fiança já conhecia do agravamento da situação económica do devedor, deve o fiador suportar as consequências do seu acto e não poderá liberar-se da fiança nos termos deste preceito²⁸⁹.

Por outro lado, enquanto o art.º 1956º sugere uma liberação automática do fiador, a doutrina italiana defende que a extinção da garantia fidejussória não opera *ipso iure*, devendo esta ser declarada pelo juiz²⁹⁰.

Sobre a questão, o CCB de 1916 determinava no art.º 1500º: “ *O fiador pode exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriormente ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar*”. O CCB de 2002, trás uma disposição, mais precisamente, o art.º 835º, na qual estabelece: “*O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor*”. Em seu pronunciamento a esse respeito, Clóvis Beviláqua já defendia claramente a possibilidade de exoneração do fiador quando dizia: “[...] *a fiança, ato benéfico, desinteressado, não pode ser uma túnica de Nessus. Assim como o fiador, livremente, a tomou sobre si, livremente, lhe sacode o jugo, quando lhe convier, pois, não tendo prometido conservá-lo por tempo certo, contra a sua vontade, não poderá permanecer*

²⁸⁸ Veja-se, Alberto Ravazzoni, Fideiussione (Diritto Civile), ob. cit., p. 290; Marcello Foschini, Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura, in RDCom, ano LV, 1957, p. 460 e ss.

²⁸⁹ Cfr., Guido Biscontini, Fideiussione omnibus, in *Contratti*, 1995, p. 109 e ss; Giovanni Battista Petti, La fideiussione e le garanzie personali del credito, Pádua, CEDAM, 2000, p. 322 e ss.; no mesmo sentido, veja-se a Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.º 766, p. 173.

²⁹⁰ Cfr. Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 479.

indefinidamente obrigado”²⁹¹. Ainda na vigência do CCB de 1916, de modo inteligível Caio Mário manifestou ser: “[...] *injusta a letra da lei que libera o fiador apenas a partir da prolação da sentença exoneratória*”²⁹², pelo que seria mais justo a liberação do fiador a partir da citação do credor, retrotraindo os efeitos da sentença a partir daquela data²⁹³.

Neste contexto, observa-se que o CCB de 2002 trás mudanças significativas, visto que da redacção do art.º 835º, comparada com art.º 1500º do CCB de 1916 que exigia anuência do afiançado ou decisão judicial, verifica-se que o fiador pode exonerar-se da fiança sempre que lhe aprouver e de maneira bem mais simplificada, bastando para tanto enviar uma notificação ao credor da sua decisão. Por outro lado, importa ainda tomar em conta, que pelo prazo de sessenta dias, contados da notificação ao credor, o fiador continuará vinculado a todas as obrigações assumidas pelo devedor, produzindo, daí, efeitos *ex nunc*, voltados apenas para o futuro. Desde logo, parece-nos que esse período de sessenta dias determinado pelo legislador mostra-se suficiente para a constituição de novo fiador.

No respeitante à exoneração da fiança contratada por prazo determinado, parece-nos inaplicável a disposição do art.º 835º acima mencionado, pois a regra é específica para contratos por prazo indeterminado.

Passando para o AUOG da OHADA, observa-se que não deixou de levar a peito a questão, ao estabelecer no art.º 19º: “*a fiança prestada nos termos do presente artigo pode ser revogada a qualquer momento pelo fiador, ficando a sua responsabilidade limitada as obrigações já contraídas*”; ou seja, nos termos deste preceito a fiança geral pode ser expressamente renovada sempre que a dívida garantida atinja o montante máximo, mas também pode ser revogada a qualquer momento pelo fiador, ficando a sua responsabilidade limitada às obrigações já contraídas pelo devedor principal²⁹⁴.

A esse respeito, vale aqui ressaltar a posição de Januário da Costa Gomes, quando veio em suas considerações dizer que apesar de se utilizar a expressão “*revogação*”, estamos diante de uma denúncia da fiança geral, pois nestas situações está

²⁹¹ Veja-se, Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. V, Rio de Janeiro, Ed. Livraria Francisco Alves, 1919, p. 253.

²⁹² Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, vol. II, ob. cit., p. 360.

²⁹³ Cfr. Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, vol. II, ob. cit., p. 360.

²⁹⁴ Veja-se Salvatore Mancuso, Direito Comercial Africano, ob. cit., p. 292.

em causa uma relação contratual duradoura²⁹⁵. Pois bem, a nosso ver, pensamos que se justifica a observação do autor, porquanto a denúncia melhor se ajusta aos contratos de execução prolongada; já a revogação pode ser declarada logo na origem do vínculo; sublinhando-se, como até é sabido, que a denúncia é o modo típico de liberação nas relações contratuais duradouras celebradas por tempo indeterminado²⁹⁶.

À luz destes factores, convém salientar, a partir do momento que a denúncia se torne eficaz, o fiador geral deixa de afiançar as obrigações que o devedor vem depois a constituir face ao credor. Contudo, sem dúvida, a sua responsabilidade fidejussória ainda se estende as dívidas já constituídas até a data da denúncia.

Passando a analisar o Direito português, verifica-se que no CS não existia consagração semelhante. Por essa razão, na falta de critérios legais, parte da doutrina na vigência deste código era apologista de que o agravamento da situação patrimonial do devedor, não podia ser motivo suficiente para o fiador exigir a revogação da garantia²⁹⁷. Diante disso, entendia Américo da Silva Carvalho que em sede do sistema jurídico português a fiança somente podia ser revogada enquanto o crédito não fosse concedido ao devedor. Nestes termos, se o crédito já tivesse sido outorgado, havia de se distinguir consoante tal concessão tivesse sido realizada por forma revogável ou irrevogável; se fosse revogável afirmava o autor: “[...] *deve permitir-se que o fiador revogue a sua obrigação de fiança, pois que tal revogação não prejudica o credor que pode por sua vez revogar o crédito concedido ao devedor. A faculdade atribuída ao fiador de revogar a fiança surge como consequência da faculdade reconhecida ao credor de revogar o crédito concedido*”; caso, o crédito não pudesse ser revogado: “[...] *não se deve permitir que o fiador denuncie a sua obrigação. O credor contraiu para com o devedor uma obrigação firme de que se não pode unilateralmente desligar. Permitir, em tal caso, que o fiador revogue a sua obrigação seria contrário aos mais elementares princípios de equidade. A impossibilidade do fiador revogar a sua obrigação, surge como consequência do crédito ter sido concedido por forma irrevogável*”²⁹⁸. Porém, dizia ainda, o mesmo autor, que apesar do crédito ser concedido de forma irrevogável,

²⁹⁵Cfr., Januário da Costa Gomes, pronunciou-se sobre esta questão ainda na vigência do anterior AUG, veja-se, O Regime da Fiança no Acto Uniforme sobre Garantias da Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios; Alguns Aspectos, Separata, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Bissau, 2004, p. 24.

²⁹⁶ Baptista Machado, Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento, in “João Baptista Machado. Obra dispersa”, I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 649.

²⁹⁷ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., pp. 228-230.

²⁹⁸ Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., p. 229.

caso o fiador optasse por não cumprir a obrigação fidejussória – não mediante revogação, pois já foi visto que não é permitido -, o credor não devia ter o direito de revogar igualmente o crédito concedido ao devedor, pois devia-se proteger os interesses deste último; contudo, diante da recusa do fiador em cumprir a obrigação, deve este pagar ao credor justa indemnização pelos prejuízos que eventualmente lhe tivesse causado²⁹⁹.

Por seu turno, Vaz Serra defendia mostrar-se razoável que o fiador de obrigação futura pudesse libertar-se da fiança, antes da concessão do crédito ao devedor, quando após a assunção da garantia, tenham piorado consideravelmente as condições financeiras do devedor a ponto de se tornar manifestamente mais difícil a satisfação dos direitos do credor. Nestes termos afirmava o autor: *“O fiador deve poder revogar a fiança, quando as condições patrimoniais do devedor tenham piorado notavelmente de modo a perigar o direito do fiador contra o devedor. Isto, em princípio, pois pode a fiança ser assumida de maneira a dever mesmo então manter-se”*. Em continuação, dizia ainda Vaz Serra que mesmo o credor, em face da alteração patrimonial do devedor, podia optar por não conceder o crédito, não obstante anteriormente se ter obrigado a tal³⁰⁰.

Subsequentemente, não se deixa de questionar se nas circunstâncias do crédito já ter sido concedido ao devedor, mas sem autorização do garante, mesmo o credor sabendo que havia piorado a situação patrimonial do devedor, pode o fiador libertar-se?

Nas palavras de Vaz Serra, se o crédito não foi concedido ao devedor, não parece que o credor seja tão prejudicado com a revogação da garantia como o seria se o crédito já tivesse sido outorgado ao devedor. Mas mostra-se aceitável que, se o crédito foi concedido sem a autorização do garante, com conhecimento do agravamento da situação patrimonial do devedor, a implicar notoriamente uma mais difícil satisfação do direito de crédito, tem o fiador o direito de se libertar. Vistas assim as coisas, para Vaz Serra: *“O credor tinha então o direito de recusar a concessão do crédito e, se o não fez, com aquele conhecimento e sem autorização do fiador, é razoável que este se libere da fiança”*³⁰¹. Afigura-se, entretanto, como defendeu este autor, que essa liberação do fiador não opera de *iure*, pois nada obsta que este queira manter a garantia; pelo que, ao

²⁹⁹ Cfr., Américo da Silva Carvalho, *Extinção da Fiança*, ob. cit., p. 230.

³⁰⁰ Veja-se, Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas*, ob. cit., pp. 241-242.

³⁰¹ Veja-se, Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas*, ob. cit., pp. 242-243; cfr. também o n.º 2 do art.º 32º do seu Anteprojecto, *in* *Fiança e Figuras Análogas*, ob. cit., pp. 310-311.

querer fazer uso do seu direito de liberação, deverá declará-lo ao credor, dentro de um prazo razoável após tomar conhecimento das circunstâncias que fundam tal direito³⁰².

Ora, actualmente tal como já analisado inicialmente, estabelece o n.º 2 do art.º 628º do CC que é admitida a constituição de fiança para garantir obrigações futuras³⁰³. Por consequência, dispõe o art.º 654º do mesmo código, que sendo a fiança prestada para garantia de obrigação futura, tem o fiador, enquanto a obrigação não se constituir, a possibilidade de se liberar da garantia, se a situação patrimonial do devedor se agravar em termos de colocar em risco os seus eventuais direitos contra este mesmo devedor, ou se tiverem decorrido cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não resulte de convenção³⁰⁴. Claramente esta disposição representa uma grande novidade no nosso CC.

Por ser assim, para Antunes Varela a *ratio* deste artigo visa essencialmente e de maneira compreensiva proteger o fiador, pois: “[...] *corre um risco especial: pode a situação económica do devedor piorar entre a assunção da fiança e a constituição da obrigação e, podem, sobretudo, aumentar as responsabilidades do fiador, dada a possível indeterminação do crédito, ou dos créditos concedidos ao devedor, no momento da assunção da fiança*”; portanto, é em consequência desse risco que se permite ao garante libertar-se da garantia fidejussória, caso se verifique uma das circunstâncias previstas no preceito atrás enunciado, assente no agravamento da situação patrimonial do devedor em termos de pôr em risco os seus eventuais direitos contra este, ou o decurso do prazo de cinco anos. Por outro lado, se o fiador pretender desvincular-se da garantia com base no agravamento da situação patrimonial do devedor, terá de fazer prova desse pressuposto³⁰⁵.

Diante da complexidade da questão, Januário da Costa Gomes acrescenta que o art.º 654º pretende proteger a posição jurídica do fiador de três ordens de perigo, designadamente, a espera excessiva pela constituição da obrigação, o agravamento da situação patrimonial do afiançado e a eventual sucessiva acumulação da dívida. Nesta

³⁰² Cfr., Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 242.

³⁰³ Sobre a fiança de obrigações futuras, veja-se p. 21 e ss., do nosso estudo.

³⁰⁴ Veja-se jurisprudência neste sentido, Ac. da RC de 20 de Março de 2012; Ac. da RC de 8 de Novembro de 2016; Ac. da RG de 23 de Fevereiro de 2017.

³⁰⁵ Veja-se, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 511; Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 654º, p. 672; Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 903-904.

perspectiva, relativamente ao primeiro perigo, este é logo afastado pelo art.º 654º, ao permitir ao fiador liberar-se da garantia fidejussória findo o prazo eventualmente acordado aquando da constituição da fiança ou, na falta de declaração, no prazo de cinco anos. Na verdade, compreende-se que o legislador queira colocar nas mãos do fiador a possibilidade de liberar-se decorrido um prazo razoável sem que a obrigação principal se constitua. Por outro lado, não é razoável sujeitar o fiador a um tempo de espera e incerteza, com as consequentes desvantagens patrimoniais que daí possam advir. Para além disso, nem o devedor nem o credor ficam prejudicados com a desvinculação, visto terem tido tempo suficiente para constituir a obrigação, pelo que podiam ter imposto ao fiador um prazo mínimo de vinculação superior ao estabelecido legalmente. Quanto ao segundo perigo que o art.º 654º do CC pretende afastar, como se fez ver, ele relaciona-se com o agravamento da situação patrimonial do afiançado. Neste sentido, considera o autor, não ser um agravamento qualquer: ele tem de ser de molde a pôr em risco a consecução, pelo fiador, quando sub-rogado, da satisfação do crédito, através do património do devedor. Ora, resulta do disposto no art.º 654º o critério normativo para que o fiador se possa desvincular. Isso consiste em duas operações. Esquematizando, a primeira configura-se na operação virtual de ponderação das possibilidades de o fiador sub-rogado, conseguir reaver do devedor o que haja pago ao credor. A segunda operação, dentro desta ordem, uma vez concluído que o eventual crédito do garante contra o devedor está em risco, sustenta-se no cotejo entre o grau de probabilidade de satisfação do crédito (regresso) no momento em que o garante prestou a fiança e o momento do exercício da liberação, que naturalmente só será permitida se a evolução do grau de probabilidade for negativa, em termos atendíveis; ou seja, graves. Ainda dentro deste segundo perigo, defende Januário da Costa Gomes que a elasticidade do art.º 654º do CC permite-nos enquadrar o formulado por Vaz Serra, no seu Anteprojecto, a qual consiste em permitir o direito à liberação do fiador quando o credor, sem a sua autorização, concede um crédito ao devedor com conhecimento de que as condições patrimoniais deste pioraram, uma solução por sinal prevista no Direito italiano. Em tal circunstância, se o credor concedeu o crédito, mesmo sabendo que as condições financeiras do devedor evoluíram no sentido de perigar a obtenção da contraprestação pelo fiador, e não informa o último desta situação, logo se evidencia a possibilidade do fiador exigir a sua desvinculação. Perceptivelmente, segundo Januário Gomes, esta solução é a que melhor se ajusta ao previsto no n.º 2 do art.º 638º e no art.º 653º, ambos do CC, pois tal comportamento do credor atenta contra o princípio da boa-

fé. Por sua vez, o terceiro dos perigos que o art.º 654º do CC pretende afastar, vai no sentido de se aumentarem as responsabilidades do fiador por acumulação da dívida garantida. Na verdade, isso é passível de acontecer quando no momento da constituição da garantia se verifica a indeterminação do crédito concedido ao devedor, como aliás é frequente ocorrer nas fianças prestadas sem limite temporal³⁰⁶.

Ora, em boa verdade, constitui facto assente que a obrigação do fiador é acessória da obrigação principal. Por esta razão, a eficácia da fiança para garantia de obrigação futura fica dependente da obrigação principal vir ou não a constituir-se. Por conseguinte, não obstante o negócio de fiança puder ser anterior ao nascimento da obrigação principal, esta última não deixa de ser um precedente lógico da garantia. Ora, sem dúvida a consumação da obrigação principal constitui uma verdadeira *condicio iuris* da operatividade da garantia³⁰⁷. Portanto, diante de tais constatações, parece razoável que durante esse período de espera o garante tenha a faculdade de se desvincular, na eventualidade de as condições patrimoniais do devedor se tornarem graves, a ponto de colocar em sério risco os seus eventuais direitos contra este. Por outro lado, não seria razoável, à vista da inexistência de acordo entre as partes do prazo para a obrigação principal se constituir, que a fiança se mantivesse pendente por tempo indeterminado; pois com o assumir da posição de fiador dificilmente se pretende ficar indefinidamente a aguardar que a obrigação principal se constitua, já que tal circunstância pode mesmo ser causa de grande embaraço, a nível patrimonial, na vida do garante, por se encontrar preso a uma fiança pendente por tempo indefinido. Igualmente, por esse motivo, mostra-se concebível que o art.º 654º do CC permita logo no momento da prestação da garantia fidejussória, que o fiador possa livremente estipular um prazo para ficar vinculado enquanto a obrigação não for constituída.

II – Contudo, sob este entendimento, levanta-se a questão de saber se este direito à liberação do fiador necessita de aviso prévio.

Sobre a questão, Vaz Serra, ainda no domínio do CS, defendia: “*Embora, isso deva depender, em princípio, da situação de facto, poderia porventura declarar-se que, na dúvida, deve a fiança ser denunciada com a antecendência que, segundo as*

³⁰⁶ Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 765-772.

³⁰⁷ Veja-se, Marcello Foschini, Fideiussione per obbligazione, ob. cit., p. 467.

circunstâncias, for razoável”³⁰⁸. Do mesmo modo, na parte final do n.º 4 do art.º 32º do seu Anteprojecto fazia constar a mesma posição³⁰⁹.

Na actualidade, sustenta Januário da Costa Gomes: “*Não parece, porém, que a exigência de uma antecedência para que o fiador se libere, decorrido o prazo de cinco anos (ou outro, quando acordado), seja razoável; o credor e o devedor já tiveram tempo bastante para fazer nascer a obrigação, não fazendo sentido que a lei, através da exigência duma antecedência, venha a legitimar um “lufa-lufa” a nível de constituição da obrigação principal*”. Para este autor, conhecendo o credor o estabelecido no art.º 654º, não carece de qualquer aviso prévio para que seja eficaz o exercício do direito potestativo à liberação conferido ao garante, porquanto deve contar com o seu possível exercício³¹⁰. Acolhemos esta posição na sua plenitude, visto parecer-nos que o prazo de cinco anos mostra-se efectivamente razoável para se constituir a obrigação principal. Sendo assim, por estar legalmente estabelecido e ser do conhecimento das partes, é sensato que findo este período de tempo se faculte ao fiador o direito de se liberar, sem necessidade de qualquer aviso prévio. Aqui, partimos do princípio de que o credor terá sempre de contar, findo o prazo determinado por lei, que o fiador pode desvincular-se da referida obrigação.

Por outro lado, é importante sublinhar que a liberação do fiador não ocorre automaticamente. Com efeito, o fiador goza do direito potestativo à liberação e enquanto não exercer esse direito, mantém-se vinculado³¹¹. Nesse sentido, também se pronunciou Antunes Varela, no qual fez ver que se o fiador pretender a desvinculação fundamentada no decurso do prazo legalmente estabelecido, deverá dirigir ao credor uma declaração negocial nesse sentido, pois: “[...] *o decurso do prazo de cinco anos não extingue automaticamente a fiança: apenas confere ao credor o direito potestativo de liberação («tem o fiador ... a possibilidade de liberar-se da garantia»)*”³¹².

III - Diante desta realidade, não se deixa de questionar qual a solução para as situações em que o fiador afastou o prazo supletivo (prazo legal de cinco anos) e

³⁰⁸ Veja-se Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 244.

³⁰⁹ Veja-se Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 311.

³¹⁰ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 766-767.

³¹¹ Cfr., neste sentido, o Ac. do STJ de 11 de Fevereiro de 1988, in BMJ 374/455; Ac. do STJ de 20 de Fevereiro de 1990, in AJ 6.º/90, p. 11 e ainda, a propósito, Evaristo Mendes, Aval e fiança gerais, in Direito e Justiça, vol. XIV, t. I, 2000, p. 163; Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 772; Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 903-904.

³¹² Veja-se, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 511; Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 654º, p. 672.

também não definiu qualquer critério que o auxilie a determinar o momento devido para exigir a sua desvinculação.

Efectivamente, tal como se viu, ninguém pretende ficar indefinidamente vinculado como fiador e muito menos poderá o credor colocar o garante em tão sensível posição. No entanto, existem obrigações que pela sua natureza, em geral, se prolongam no tempo. A ser assim, até por uma questão de coerência, parece-nos que fórmula a ser utilizada passa por se estabelecer um certo equilíbrio; isto é, o fiador poderá exigir a sua libertação, tão logo seja ultrapassado o prazo razoável para a constituição em concreto daquela espécie de obrigação³¹³, em virtude dos potenciais riscos vindos do credor. Assim sendo, cada caso é um caso; por essa razão, os limites podem variar.

1.4. Desvinculação do fiador na fiança prestada por tempo indeterminado

I - Não constitui novidade que as relações contratuais duradouras celebradas por tempo indeterminado podem cessar por meio de denúncia. Por essa razão, importa agora precisar os termos da aplicação deste modo típico de libertação à fiança. Pois bem, quando se equaciona a susceptibilidade de denúncia da garantia fidejussória, estamos a referir-nos à fiança *omnibus*, figura que surge por impulso das práticas comerciais, sobretudo do sector bancário, criada com o objectivo de garantir financiamentos. Assim, encontramos-nos diante da fiança *omnibus* quando o fiador garante um conjunto de dívidas do devedor, presentes e/ou futuras, que não se encontrem logo fixadas, sendo o credor da garantia um banco³¹⁴.

Na Itália, tida como berço da fiança *omnibus*, esta modalidade é regulada pela Associação Bancária Italiana “A.B.I. - *Associazione Bancaria Italiana*”, cuja finalidade é representar, salvaguardar e promover os interesses do sector bancário e financeiro. Dentre outros actos, compete a este órgão emitir circulares e formulários que orientam as instituições financeiras no desenvolvimento da sua actividade³¹⁵. No tocante a tal fiança, a ABI emitiu um formulário vigente em todo o país, na qual, entre várias cláusulas uniformes, determina que o garante deve assegurar a satisfação de todas as obrigações

³¹³ Veja-se mais sobre o assunto, em Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 768.

³¹⁴ Cfr. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, ob. cit., pp. 100-101.

³¹⁵ A Associação Bancária Italiana “ABI” foi criada em Milão em 13 de Abril de 1919 por representantes de 53 bancos, é uma associação voluntária sem fins lucrativos, que trabalha para promover o crescimento estável e eficiente do sistema bancário e financeiro em um ambiente competitivo e consistente com a legislação italiana e da União Europeia. Veja-se mais sobre a questão em, www.abi.it.

derivadas de operações bancárias de qualquer natureza, já consentidas ou que vierem a ser consentidas no futuro a determinado sujeito ou ainda a quem o substituir; se obriga como devedor primário, renunciando ao benefício da excussão e da divisão, autoriza o banco a conceder crédito ao devedor, mesmo num quadro de deterioramento das suas condições económicas; concorda que o exercício de denúncia da garantia esteja subordinado à satisfação de determinadas formalidade perante o banco credor e, por vezes, ao transcurso de certo período de tempo³¹⁶. Portanto, existe na Itália uma padronização dos instrumentos através dos quais se constituem a fiança *omnibus*, tida como garantia elástica e flexível, de modo a puder cobrir a generalidade de créditos que o banco venha a adquirir na relação com o cliente, sem que tenha, para tanto, de constituir nova garantia para cada novo crédito³¹⁷.

Contudo, a sua aceitação não se mostrou pacífica no Direito italiano, cujo começo despontou na época posterior ao término da II Guerra Mundial. Porém, nos anos 60 começou a ganhar novos contornos, centrando-se a discussão na validade da obrigação principal e não na determinabilidade do seu objecto. Nestes casos, se a obrigação principal fosse válida, se tivesse um objecto determinável, então a fiança também seria válida. Somente nos anos 70, mais concretamente em 29 de Outubro de 1971, a Corte da Cassazione mudou o seu foco de análise e passou a pronunciar-se especificamente sobre o objecto da fiança *omnibus*, em si, e não na obrigação garantida; ou seja, passou-se a demonstrar que fiança e a obrigação principal não partilham o mesmo objecto. No entanto, apesar de não ser esta a posição actual, temos de reconhecer que foi uma mudança drástica, pois a partir daquele momento sustentou-se que a prestação do fiador *omnibus* era juridicamente atendível porque o seu teor seria determinado *per relationem*; ou melhor, à medida que se fosse acumulando o volume dos empréstimos concedidos pelo banco credor ao devedor principal³¹⁸.

Contudo, esta posição não se mostrou pacífica de ser acolhida pelos tribunais inferiores, que chegaram mesmo a contrariar o entendimento da Corte de Cassação e a declararem nula a fiança *omnibus* por indeterminabilidade do seu objecto, com o

³¹⁶ Cfr. Enzo Roppo, Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi, in: BBTC, ano L, 1987, parte primeira, p. 137; Giovanni Battista Petti, La fideiussione e le garanzie personali del credito, ob. cit., pp. 284-291.

³¹⁷ Cfr. Mirella Viale, Le garanzie bancarie, in: Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia, vol. 18, CEDAM, Pádua, 1994, pp. 5-6; Alfredo Calderale, Autonomia Contrattuale e Garanzie Personali, ob. cit., p. 42.

³¹⁸ Giovanni Battista Petti, La fideiussione e le garanzie personali del credito, ob. cit., p. 292.

fundamento que no momento da vinculação não seria possível conhecer a real amplitude do encargo assumido pelo garante, o que afectaria a estrutura do próprio negócio³¹⁹. Porém, pouco durou esta posição, visto que os tribunais tiveram de reconhecer que a maleabilidade desta garantia era fundamental para o campo de negócios bancários. Deste modo, voltou a defender-se a posição anterior, a determinabilidade *per relationem* do seu objecto negocial³²⁰. Foi assim que, em 1992, alterou-se a redacção do art.º 1938º do *codice*³²¹, no qual se estabeleceu que era obrigatório as partes especificarem o montante máximo garantido quando se garantissem obrigações futuras. No entanto a medida não teve muito êxito, pois não se fixava o meio para calcular o montante máximo garantido, pelo que bastava estipular um limite elevado para que o efeito prático fosse o mesmo que o da ausência. Ora, bastou para que a discussão na Itália deixasse de ser sobre a validade deste tipo de negócio, passando a ser de aceitação pacífica, conduzindo-se a discussão para a fixação de directrizes que conduzissem a uma actuação leal das partes envolvidas, de acordo aos princípios da boa-fé³²².

Em Espanha a fiança *omnibus* não se encontra regulada no CCE. Porém encontra-se incorporada na prática jurídica por influência estrangeira. No entanto, foi necessário que a jurisprudência e a doutrina se pronunciassem sobre ela para resolução de várias questões que se foram levantando ao longo dos anos³²³. Numa primeira fase em tal país se considerou a fiança *omnibus* inválida, amparada no princípio da acessoriedade e na indeterminação do seu objecto³²⁴. Posteriormente, defendeu-se

³¹⁹ Alfredo Calderale, La Cassazione e la fideiussione «omnibus»: tutto quello che avreste voluto sapere sulla fideiussione «omnibus» e non avete mai o sato chiedere, in: Qdr., n. III, 1989, p. 571, n. 2; Giuseppe Stolfi, In tema di fideiussione generale, in RDC, ano XVIII, 1972, p. 225 e ss.

³²⁰ Giovanni Battista Petti, La fideiussione e le garanzie personali del credito, ob. cit., p. 351.

³²¹ Artigo alterado pela Lei n.º 154 de 17 de Fevereiro de 1992.

³²² Aldo Angelo Dolmetta, La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, in: BBTC, ano LV, 1992, pp. 10-11.

³²³ Ac. do STE de 17 de Março de 1999; Ac. do STE de 29 Abril de 2008; Ac. do STE de 26 de Junho de 2009; Ac. do STE de 06 de Março de 2012, disponível em www.poderjudicial.es, visualizado em 07 de Julho de 2017.

³²⁴ Na opinião de Ángel Carrasco Perera, Manuel Encarna Cordero Lobato, Jesus Marín López: “[...] la fianza de deudas futura como obligación de cobertura no es nunca accesoria de ninguna obligación originaria; y la obligación (cada una de ellas) fideiusoria de pago subsidiario a cargo del fiador que prestó una garantía ómnibus es siempre una obligación accesoria; en efecto no se puede reclamar el pago al fiador si la deuda reclamada no es vencida, exigible y, en su caso, impagada”. Tratado de los derechos de garantía, t. I, 3ª ed., Pamplona, 2015, p. 214. O Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 17 de Março de 1999 exige que esteja perfeitamente definido o conteúdo e a extensão, tanto relativo aos limites da responsabilidade assumida como ao período de vinculação do fiador. No Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 23 de Fevereiro de 2000 pode ler-se que: deve admitir-se a validade da fiança *omnibus*, uma vez que não existe qualquer norma que impeça a autonomia da vontade, sempre que não estejam presentes cláusulas abusivas e a obrigação garantida seja determinada ou determinável. Disponível em www.poderjudicial.es, visualizado em 07 de Julho de 2017.

inexistir qualquer inconveniente na admissão da fiança *omnibus*, sempre que se respeitasse os limites determinados pela doutrina e aceites pela jurisprudência³²⁵. Eles resumem-se nos seguintes: a) O objecto do contrato tem de ser determinado; b) A vigência do contrato tem de estar temporalmente limitada; c) Deve-se indicar o montante máximo garantido pelo fiador; d) No momento da vinculação fidejussória, bem como no desenrolar do contrato, deve ser respeitado o princípio da boa-fé³²⁶.

Em Portugal, a fiança *omnibus* ganhou espaço com o Ac. do STJ de 02 de Novembro de 1973. No entanto, apesar de se estar perante uma garantia em vestes de fiança *omnibus*, a questão da validade e determinabilidade do seu objecto não foi levantada, pois a responsabilidade dos fiadores estava delimitada com a indicação do montante máximo garantido e das fontes das obrigações garantidas³²⁷. Contudo, como explica Albino de Matos, tal não significa que o instituto fosse desconhecido na altura, pois o STJ já se tinha pronunciado sobre a questão num Ac. de 15 de Junho de 1964, onde considerou nula a garantia fidejussória por indeterminabilidade do seu objecto³²⁸.

Em qualquer caso, a fiança *omnibus* passou a ser bem aceite nos anos 80, onde se indica um Ac. da RL de 27 de Junho de 1985. Nele se reconheceu a validade de uma fiança em que os fiadores se constituíram como: “*garantes e principais pagadores de todas as responsabilidades que a devedora venha a ter para com o dito banco seja qual for a proveniência ou título*”. Para fundamentar a sua posição, a RL argumentou que não existia qualquer obstáculo a impedir que o objecto da fiança fosse determinado *per relationem*, além de que os fiadores eram sócios e gerentes da sociedade devedora, pelo que tinham o poder de controlar a constituição das obrigações a serem cobertas por aquela fiança³²⁹. Por consequência, adensaram-se as discussões em torno da figura e, ao longo de um processo de maturação, alguns julgadores passaram a defender que o critério da evolução *per relationem* do objecto não constituía requisito suficiente para assegurar a determinabilidade do objecto da fiança. Deveras, no entendimento mais contemporâneo, o STJ discutiu a validade da fiança *omnibus* face ao grau de abstracção da garantia que torna impossível o fiador, mesmo com recurso ao art.º 400º do CC,

³²⁵ Cfr. Díez Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, t. I, ob. cit., p. 207 e ss.; Michele Fragali, La Fideiussione generale, in: BBTC, ano XXXIV, 1989, p. 279.

³²⁶ Carmen Arija Soutullo, Transmisión hereditaria de la fianza, Revista de Derecho Civil, vol. III, núm. 1 (marzo, 2016), pp. 25-65, pp. 48-50.

³²⁷ Albino de Matos, Fiança – Fiança *omnibus* – Validade, in: RN, ano VII, n. XXXI, vol. I, 1988, p. 117.

³²⁸ Albino de Matos, Fiança – Fiança *omnibus* – Validade, ob. cit., p. 117.

³²⁹ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 667.

devendo conhecer previamente os contornos e limites da sua obrigação, ou pelo menos os critérios objectivos que facultem tal conhecimento³³⁰.

Todavia, diante do sólido consenso alcançado relativamente à questão, o STJ determinou num AUJ n.º 4/2001 de 23 de Janeiro de 2001 que é: “ *nula por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha*”. A esse respeito já nos pronunciamos intensamente³³¹.

Nos dias que correm, Portugal não se distancia muito do modelo aprovado pela A.B.I. para o termo de constituição da fiança *omnibus*, onde expressamente faz constar que os fiadores se responsabilizam solidariamente como principais pagadores e obrigam-se a pagar tudo o que vier a ser devido ao banco, com expressa renúncia ao benefício da excussão e da divisão; autorizam o banco a conceder crédito ao devedor, mesmo num quadro de deterioramento das suas condições económicas; concordam que o exercício de denúncia da garantia esteja subordinado à satisfação de determinadas formalidade perante o banco credor e, por vezes, ao transcurso de certo prazo³³².

Muitas vezes, anote-se, a fiança *omnibus* opera no quadro de financiamento bancários concedidos as sociedades, na qual os sócios, os gerentes ou administradores, para obterem créditos em sentido de prosperar a actividade empresarial, são compelidos a prestarem este tipo de garantia, através da qual se responsabilizam pela dívida contraída pela empresa e por outras que venham a contrair no futuro³³³. Portanto, o que é invulgar é que a fiança *omnibus* venha acompanhada de um limite temporal ou da indicação do montante máximo garantido pelo fiador, bem assim do direito à liberação do fiador ou a prestação de caução, constando até normalmente uma expressa renúncia a este último.

Atento a tudo isso, tal como já foi abordado, o objecto do negócio pode ser indeterminado; não pode é ser indeterminável. Ou seja, tem de se fixar um critério que

³³⁰ Ac. do STJ de 29 de Abril de 1999, Relator Conselheiro Ferreira de Almeida, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

³³¹ Sobre a determinabilidade das obrigações no contrato de fiança, p. 26 e ss., do nosso estudo.

³³² Cfr. Evaristo Mendes, Fiança geral, in: RDES, ano XXXVII, 1995, pp. 98-99; Albino de Matos, Fiança – Fiança omnibus – Validade, ob. cit., pp. 114-115.

³³³ Cfr. Evaristo Mendes, Aval e a fiança gerais, ob. cit., p. 149 e ss.

permita ao garante conhecer previamente o risco assumido, ou no mínimo controlar a constituição de obrigações garantidas daquele devedor perante aquele credor; caso contrário será nula nos termos do art.º 280º do CC. No entanto, o processo de determinação da vinculação do fiador não é simples, uma vez mostrar-se possível este cobrir créditos passados, presentes e futuros, derivados de diversas fontes, que nem sempre estão bem definidas. Por consequência, na prática o fiador *omnibus* pode garantir um conjunto de infindáveis espécies de operações económicas que podem ser constituídas pelo afiançado e pelo banco credor. Por esse motivo, torna-se fundamental que o seu objecto seja fixado de acordo aos requisitos gerais da validade do negócio jurídico, entre outros, e que o seu objecto seja determinável, mesmo para evitar que o garante assuma uma vinculação exagerada e fique à mercê do banco credor³³⁴. A ser assim, constitui tarefa de enorme complexidade a determinação vertical do débito garantido³³⁵, isto é, conciliar a garantia cuja estrutura é architectada para garantir um sem número de créditos vindouros com a exigência da determinabilidade do objecto negocial³³⁶. Por conseguinte, de forma simples pode dizer-se que a determinabilidade do objecto depende da possibilidade do fiador conjecturar o seu *quid debeat*, ou seja, aquilo que futuramente será por si devido, na eventualidade de incumprimento do devedor principal. No respeitante especificamente à fiança, o conceito de determinabilidade consiste no ónus que pesa sobre as partes de fornecer elementos necessários e suficientes que permitam ao fiador conhecer previamente a modalidade, o montante e a dimensão da sua vinculação³³⁷.

II - Verificada a discussão em torno da validade da fiança *omnibus*, chegou a altura de equacionar se é possível ao fiador desvincular-se da garantia mediante denúncia, quando não tenha sido fixado prazo de duração da mesma. A esse respeito, constitui facto assente que na generalidade dos casos a vinculação do fiador *omnibus* ocorre por tempo indeterminado. Logo, sabendo que a denúncia é o modo típico de libertação nas relações contratuais duradouras celebradas por tempo indeterminado,

³³⁴ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 679, Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, ob. cit., pp. 134-137.

³³⁵ Expressão utilizada por Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 598.

³³⁶ Veja-se, Frederico Faro, Fiança *omnibus* no âmbito bancário, ob. cit., p. 137.

³³⁷ Cfr. Giuseppe Stolfi, In tema di fideiussione generale, ob. cit., pp. 543-537; Alberto Ravazzoni, La fideiussione generale, in BBTC, ano XLIII, 1980, p.258. Por sua vez, a doutrina e jurisprudência alemã adoptaram uma postura rígida quanto à validade da fiança *omnibus*, não são poucas as vezes que se consideram nulas. Cfr. Giovanni Battista Barillà, Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del Tribunale Federale tedesco, in: BBTC, ano LXVIII, 2005, fascículo III, pp. 342-343.

independentemente da sua expressa previsão no contrato, não se torna despiciendo verificar a admissibilidade ou não da liberação do fiador nestes termos; tendo em consideração que se torna absolutamente inaceitável quando não se fixe a data de extinção da garantia prestada, que o fiador fique eternamente vinculado, sujeito aos exageros cometidos na relação entre credor e devedor principal. Porém, ao ser admissível os termos da aplicação da denúncia, merecem observação cuidada.

Indo mais longe, constitui facto assente, segundo doutrina mais recente, que o art.º 654º prevê um regime específico para a liberação do fiador na fiança de obrigação futura. Porém não existe qualquer oposição a que se aplique à figura da fiança *omnibus*, pois ainda que, como condição para validade da fiança, tenha sido fixado um limite máximo de responsabilidade do fiador, o garante não está impedido, decorridos cinco anos após a vinculação fidejussória, de desvincular-se desta independentemente de ainda não ter atingido o limite máximo de responsabilidade indicado aquando da vinculação³³⁸. No entanto, a dúvida consiste em saber, se nas situações em que o fiador e o credor não fixaram um limite temporal, o fiador *omnibus* esta limitado ao regime estabelecido no art.º 654º para obter a sua liberação, ou pode antes desvincular-se de acordo com as regras gerais da extinção dos contratos celebrados por tempo indeterminado. Na visão de Januário da Costa Gomes, não há necessidade de: “*impor ao fiador o ter de suportar o prazo previsto no art.º 654º. É que tal necessidade desvirtuaria por completo a faculdade de denúncia e a sua razão de ser enquanto princípio de ordem pública aplicável nos contratos de duração indeterminada*”³³⁹. E isto porque o prazo do art.º 654º, como afirma o autor, nunca foi previsto como um prazo de necessária incidência na esfera do fiador dos débitos nascidos na esfera do devedor, mas antes como um prazo de espera até à eventual verificação do nascimento da obrigação garantida. Ou seja, a concepção que subjaz ao regime do art.º 654º não é a de que o fiador deve suportar, como devedor fidejussório, todas as operações materializadas entre o credor e o devedor nesse período de cinco anos, mas antes de que esse é o prazo até cujo término admite que o fiador deve razoavelmente aguardar sem se desvincular da garantia. Assim, o art.º 654º está pensado para obrigações específicas

³³⁸ Cfr. neste sentido, Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 705; Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, ob. cit., pp. 240-241.

³³⁹ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 705; Carmen Arijá Soutullo, Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza, in: Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, t. II, Madrid, Editorial Civitas, 2003, p. 1407.

(pré determinadas), e não para as situações complexas da fiança *omnibus*³⁴⁰. A mesma posição é tomada pela jurisprudência, como se observa no Ac. da RC de 20 de Março de 2012, na qual veio determinar: “*Numa fiança omnibus por tempo indeterminado ou por prazos prorrogáveis é possível a todo o tempo a sua denúncia (mesmo por parte do fiador) e mesmo sem se ter de respeitar o prazo de 5 anos a que alude o art. 654º do C. Civil*”³⁴¹.

Assim, entende-se que a fiança válida prestada sem fixação do montante máximo garantido, pode ser objecto de denúncia nos termos gerais, aplicável aos contratos de duração indeterminada, ficando o fiador responsável por todas as dívidas que se tenham constituído até à data da eficácia da denúncia; ou seja, a denúncia da fiança *omnibus* não libera o fiador do seu vínculo pura e simplesmente, pois este continua a responder pelos débitos que eventualmente existam à data da desvinculação³⁴².

Assim, devemos anotar que as particularidades deste negócio levam a que seja possível a denúncia independentemente do decurso do prazo de cinco anos, pois ao pensarmos de forma contrária, sobrevinha a ideia de que o fiador *omnibus* tem inevitavelmente de suportar o prazo estabelecido no art.º 654º, e assim estaríamos a distorcer a *ratio* da faculdade de denúncia. No respeitante ao prazo de cinco anos, é importante ainda referir que as partes podem contratualmente acordar que tal prazo seja ampliado ou encurtado e, no limite, podem mesmo afastar a sua incidência sobre a fiança *omnibus*³⁴³.

Porém, cumpre ainda referir que esse direito à liberação do fiador não carece, porém, de aviso prévio, pois o credor e o devedor principal deveriam contar com o exercício deste direito potestativo³⁴⁴. Contudo, esta faculdade não pode ser exercida contrariando o princípio da boa-fé, ou seja, mostra-se razoável exigir do fiador que a sua

³⁴⁰ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 705.

³⁴¹ Ac. da RC de 20 de Março de 2012, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

³⁴² Sobre a questão, cfr. Stefania Piazza, La fideiussione illimitata: i problemi posti dal *jus superveniens* e dal recesso del fideiussore, in: BBTC, ano LXII, 2000, fascículo IV, pp. 424-425; Carmen Soutullo Arija, Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza, ob. cit., p. 1405, n. 36.

³⁴³ Cfr. neste sentido Michele Fragali, La fideiussione generale, ob. cit., p. 334; na jurisprudência portuguesa veja-se, Ac. do STJ de 08 de Março de 1994, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

³⁴⁴ Cfr. neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 767.

desvinculação possa ser operada depois do decurso de um prazo razoável para que o negócio atinja a sua regular finalidade³⁴⁵.

À parte da possibilidade de denúncia unilateral expressa no contrato de vinculação fidejussória, certa doutrina admite a sua extinção através do denominado “*termo extintivo subjacente*”, que se verifica quando o fiador se vinculou influenciado por certas circunstâncias, como a qualidade de sócio, administrador ou gerente da sociedade afiançada. Por essa razão, quando o fiador perde tal qualidade, ocorre como uma denúncia tácita da garantia, e logo surge o motivo para a sua extinção³⁴⁶.

De qualquer modo, existindo uma data consensualmente estabelecida entre as partes para fazer cessar a garantia fidejussória, o fiador deve manter-se vinculado até o término do referido resultante da autonomia da vontade das partes; tornando-se, a nosso ver, insusceptível a liberação do fiador mediante denúncia³⁴⁷.

Entretanto, a possibilidade de denúncia do fiador não preenche as incertezas que cercam a fiança *omnibus* no momento da sua vinculação. Pois, se tivermos em consideração que a determinabilidade do objecto da fiança está intimamente ligada a possibilidade do fiador *omnibus* saber previamente da sua eventual responsabilidade, constata-se que tal requisito não é alcançado pela simples possibilidade de denúncia unilateral pelo garante³⁴⁸. No domínio desta questão também se pronunciou Januário da Costa Gomes, onde fez ver que, na prática, a efectivação da denúncia pelo fiador é normalmente tardia, no sentido de não ser suficientemente eficaz para afastar o perigo que através dela se pretende evitar: o aumento exagerado da obrigação garantida, cujos efeitos nocivos não são reversíveis³⁴⁹. Nestes termos, conforme se refere Alberto Bregoli, a faculdade de denúncia no contrato constitui: “*una semplice riserva di limite temporale e, tramite questo, quantitativo*”³⁵⁰.

³⁴⁵ Veja-se, neste sentido Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, ob. cit., p. 242.

³⁴⁶ Sobre a figura, veja-se Carmen Arija Soutullo, Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza, ob. cit., p. 1406.

³⁴⁷ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 774; Díez Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol. II, ob. cit., p. 210; Ángel Carrasco Perera, Manuel Encarna Cordero Lobato, Jesus Marín López, Tratado de los derechos de garantía, ob. cit., 162.

³⁴⁸ Veja-se sobre a questão em Salvatore Sangiorgio, Rapporti di durata e recesso ad nutum, Milão, Giuffrè, 1965, p. 128.

³⁴⁹ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, Estudos de Direito das Garantias, O mandamento da determinabilidade na fiança *omnibus* e o AUJ de 4/2001, ob. cit., p. 41.

³⁵⁰ Cfr. Alberto Bregoli, Per un'«ammistrazione controllata» della fideiussione omnibus, in: BBTC, ano XLVI, 1983, p. 477.

Assim, diante desta configuração, num rápido exame à figura, não se deixa de colocar a hipótese de muitas vezes confundi-la com a fiança prestada em branco, entendida como uma garantia pessoal, na qual o fiador deixa de especificar o objecto da sua vinculação no respectivo documento e confere a terceiro – que pode até ser o credor ou o devedor principal – a faculdade de o preencher, de acordo ao previamente acordado³⁵¹. Portanto, distingue-se da fiança *omnibus* em que a prestação do fiador já está prevista desde o início, independentemente da possível vagueza, não existindo qualquer previsão que confira ao credor a faculdade de completar o documento de vinculação com as suas próprias mãos. Inversamente, na fiança em branco existe uma autorização de preenchimento que confere validade a este tipo de negócio, admitindo-se que o documento se encontre preenchido de acordo ao previamente estabelecido; caso contrário estar-se-á perante um preenchimento abusivo³⁵².

Em Portugal, no domínio dos trabalhos preparatórios do CC, Vaz Serra questionou a possibilidade de se emitir declarações de fiança em branco e, seguindo a doutrina alemã, considerou ser plenamente eficaz a fiança prestada em branco, desde que preenchida em conformidade com a vontade do emitente; caso contrário o negócio podia ser anulado, por erro na declaração (emitiu-se por erro uma declaração que diverge da vontade do declarante) ou por dolo³⁵³. Assim, Vaz Serra fundamentava a sua posição no disposto no art.º 539º do CPC, na qual determinava que tratando-se de documentos assinados em branco, presume-se que o texto deles coincide com o que estava ajustado com o signatário. Admitindo que na eventualidade de abuso, o signatário podia alegar e provar o abuso³⁵⁴. Não obstante os esforços do autor, a fiança em branco não teve expresso acolhimento no CC.

Porém, apesar de não regular especificamente a autorização de preenchimento de um documento incompleto, se conclui do art.º 358º CPC existir uma presunção de que as declarações inseridas em documento particular assinado em branco, coincidem com aquilo que foi ajustado com o signatário, salvo produção de prova em contrário que demonstre nele terem sido inseridas declarações que não se ajustam a vontade do

³⁵¹ Veja-se Rodrigo Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, ob. cit., pp. 219-220.

³⁵² Veja-se neste sentido, a doutrina alemã, Ludwig Enneccerus, Tratado de derecho civil, t. II, vol. II, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer, ob. cit., p. 463, n. 9.

³⁵³ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., pp. 40-41.

³⁵⁴ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., pp. 40-41.

signatário, neste caso, fiador³⁵⁵. Porém, o credor ao preencher o documento para além do que está autorizado, leva a que o fiador permaneça vinculado à garantia no limite da sua autorização, pelo que se torna excessivo determinar uma total ineficácia da declaração de fiança³⁵⁶. Ao passo que, se for o devedor ou terceiro quem tem a autorização para preencher e o faça abusivamente, por exemplo, inserindo uma quantia superior à autorizada, haverá que diferenciar se o credor tinha ou não conhecimento do conteúdo do acordo de preenchimento. Caso o credor tenha conhecimento, então a solução mostra-se evidente, o fiador pode ilidir parcialmente a força probatória do documento³⁵⁷. E na eventualidade do credor desconhecer o conteúdo do acordo, admite-se a supressão parcial da parte abusivamente preenchida, de acordo ao determinado no art.º 358º do CC³⁵⁸.

A ser assim, questiona-se se a autorização de preenchimento da fiança em branco deve obedecer determinado requisito. Defende a doutrina que a referida autorização deve ser expressa e também deve ser reduzida a escrito quando a fiança seja formal. A mais disso, considera necessário que conste no mínimo a indicação do devedor e a menção de um máximo para o objecto da garantia, pois de contrário poderá o fiador invocar a ineficácia ou nulidade da garantia³⁵⁹.

Por último, nada obsta que após o preenchimento da fiança em branco, esta ganhe contornos de fiança *omnibus*. Basta, para tanto, que o fiador de forma expressa consinta a garantia a todas as dívidas, presentes ou futuras, que o devedor possa vir a contrair perante o credor.

1. Possibilidade de liberação por alteração dos sujeitos da operação fidejussória

1.1. Introdução

I - A fiança revela-se como um instrumento de natureza juridicamente complexa, caracterizada por uma rede de relações jurídicas plurais que têm por objecto vincular

³⁵⁵ Neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 525-526

³⁵⁶ Neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 526-527.

³⁵⁷ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 528, contrariando a solução clássica portuguesa de que nestas situações o fiador pode anular a declaração por erro, cfr. neste sentido, Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., pp. 40-41.

³⁵⁸ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 529.

³⁵⁹ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 530-531.

entre si e separadamente os diferentes sujeitos activos e passivos da relação fidejussória. Em sua exacta compreensão, ela firma-se numa estrutura triangular que alberga tipicamente o credor, o devedor e o fiador, sob a cobertura de um contrato estabelecido como vínculo principal. Desse modo, no âmbito da operação de fiança criam-se visivelmente relações jurídicas de natureza diversa, nomeadamente, a relação jurídica entre o credor e devedor (interna/de valuta), a relação jurídica do fiador com o devedor (cobertura) e a relação jurídica do credor com o fiador (relação externa), que se consolida na relação *tout court* ou fiança *stricto sensu*.

Por conseguinte, a relação fidejussória desde a sua constituição, conhece cinco fases. Segundo o esquema elaborado por Januário da Costa Gomes³⁶⁰, tendo como referência a doutrina alemã, se apontam: a fase da constituição, a fase da garantia, a fase de exercício, a fase de satisfação do crédito e, por último, a fase de liquidação da operação de garantia.

A primeira constitui a fase da celebração ou nascimento da garantia, momento em que se alarga para o credor a possibilidade de vir a ser efectivada a obrigação originária, já que foi reforçada por outra assumida por terceiro.

Quanto à segunda fase, denominada de quietude ou jacência, mas igualmente considerada fase de segurança ou garantia, corresponde ao período na qual se aguarda o desenvolvimento do direito de crédito e débito. Aqui considera-se o momento em que podem ocorrer percalços como a perda ou diminuição dos bens do património do garante, situação que poderá ter reflexos importantes a nível do crédito principal e da sua exigibilidade (n.º 2 do art.º 633º do CC).

Depois, a uma terceira fase. Nela se vislumbram dois caminhos opostos: ou a fiança se extingue ou ocorre o seu exercício. Na primeira hipótese, a fiança se extingue pelo facto do credor não fazer uso da garantia fidejussória por adimplemento da obrigação, ou quando a obrigação primitiva se extingue por qualquer outra razão, ocasionando também a extinção da fiança em homenagem ao princípio da acessoriedade; na segunda situação, a obrigação principal não se extingue e o garante é accionado para responder com o seu património pelo pagamento da dívida.

Já a penúltima fase, é a de satisfação do crédito, momento em que o direito de garantia já foi exercido pelo credor e, por consequência, está cumprida a obrigação do fiador.

³⁶⁰ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 394 -399.

Por sua vez, a fase derradeira tem a ver com a liquidação da operação de fiança, realidade que pode tornar-se complexa em função da pluralidade de intervenientes. Mas como se vê, encontramos-nos numa etapa em que o credor já viu o seu crédito satisfeito por um dos fiadores. Ora, isso tem as suas implicações, já que o garante para restabelecer o seu património pode sub-rogar-se nos direitos do antigo credor contra o devedor originário, de forma a reaver deste último o que despendeu quando accionado pelo credor.

À vista deste raciocínio, não se deve perder de vista uma substancial particularidade. Ela baseia-se no facto de que na fase de segurança é que surgem as alterações subjectivas a nível de um dos picos do triângulo da operação de fiança. Contudo, na fase de exercício também podem ocorrer modificações da posição do credor e do devedor, embora isso suscite, tal como no primeiro momento, dúvidas acerca da resistência da garantia fidejussória. Podemos assim concluir, que somente na fase de liquidação se verifica certa estabilidade, pois como se advinha apenas ela mantém firme a relação entre fiador (actual credor) e devedor, efectivamente uma relação já despida de complexidade.

II – Contudo, dentro desses pressupostos, nada mais certo do que passarmos ao estudo sobre o direito à liberação. Num primeiro momento abordaremos o direito à liberação externa e, posteriormente, versaremos a nossa digressão sobre o direito à liberação interna do fiador

Ainda assim, temos a viva impressão que devemos dar inicial e sumário relevo, neste percurso, ao legado sobre a matéria consagrada pelo Direito romano, uma vez que se está perante um instituto milenário, particularmente para alinhar as modificações subjectivas permitidas na relação obrigacional, e só depois trataremos de falar sobre as modificações da relação fidejussória pela alteração de um dos vértices do triângulo da operação de fiança.

2. Modificação subjectiva da relação obrigacional.

2.1. Introdução ao problema

Durante longo período, o Direito romano ignorou, exceptuando a sucessão universal (*hereditas* e *bonorum possessio*), a transmissão duma relação obrigacional quer activa (*creditum*) quer passivamente (*obligatio*), por revestir carácter pessoal; ou

seja, a título singular, a transmissão era vedada com o fundamento segundo a qual, o vínculo obrigacional era estritamente pessoal, precisamente entre o credor e devedor, e não se podia admitir a sua transmissão para pessoas distintas. Para além disso, o formalismo exigido na constituição das obrigações, implicava que qualquer mutação subjectiva dos sujeitos dava lugar a nova relação obrigacional³⁶¹.

Assim, entende-se que o Direito romano legou a caracterização da relação obrigacional como vínculo personalíssimo, pelo que impõe-se a conclusão de que não permitia a alteração subjectiva na relação sem que houvesse alteração da própria relação; pois a pessoa do credor e a pessoa do devedor eram essenciais para a manutenção do vínculo obrigacional, de maneira que qualquer alteração desse elemento pessoal, seja no pólo activo como no passivo da relação jurídica, implicava a alteração da própria relação jurídica.

Porém, não se deixa de questionar o porquê desta solução, uma vez que o Direito romano era tão afeito às soluções práticas ao invés do conceitualismo, negando claramente desta forma as vantagens negociais da circulação de créditos e dívidas.

Ora, na verdade, nas suas origens o vínculo obrigacional era tido como mágico-religioso, justificando-se o vínculo entre pessoas como uma concepção mística, assente na ideia de punição divina contra aqueles que não respeitassem os efeitos próprios dos ritos de ligação verbalizados sob os olhos da divindade protectora e castigadora³⁶². Efectivamente, no Direito romano a noção de vínculo implicava o atamento material da pessoa do devedor, que podia sofrer a execução pessoal, mediante sujeição à escravidão ou até a própria morte, na eventualidade de não cumprimento; não se permitindo assim que uma terceira pessoa alheia à relação, ficasse sujeita a tão graves males, tampouco se apresentava conveniente a facilidade da substituição do credor, que podia resultar na troca de uma pessoa mais bondosa por outra de cariz mais rigoroso³⁶³.

Contudo, esta situação acabava por conferir alguma inaccessibilidade às obrigações, pois não era compaginável com as solicitações da vida prática, a ponto de

³⁶¹ Veja-se neste sentido, Santos Justo, *Direito Privado Romano*, II⁴, ob. cit., pp. 153-157; Rudolf Von Jhering, *O espírito do Direito romano: nas diversas fases do seu desenvolvimento*, tradução de Rafael Benaion, Rio de Janeiro, Alba, 1943, vol. IV, p. 168; Cretella Júnior, *Direito Romano Moderno*, Forense, 2003, pp. 273-274; José Carlos Alves Moreira, *Direito Romano*, II⁶, Edição Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 70; Biondo Biondi, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., pp. 355-359;

³⁶² Veja-se neste sentido, Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VI, Madrid, Hijos de Reus, 1911, p.71.

³⁶³ Rodolfo Sacco, *À la recherche de l'origine de l'obligation*, in *Archives de philosophie du droit: L'Obbligation*, Paris- Dalloz, 2000, p.36.

ter paralisado o movimento dos negócios em Roma. Porém, com a engenhosidade que era peculiar nos romanos, procuraram novas soluções para contornar o princípio da inextinguibilidade das obrigações. Foi assim que a *iurisprudentia* colocou à disposição dos interessados meios indirectos que permitiam a extinção da obrigação em relação a um dos sujeitos, com a sua constituição simultânea em benefício de um terceiro (novação) ou a cobrança do crédito por terceiro, operando este como representante processual do credor (*cognitio* e *procuratio in rem suam*). No entanto, ao contrário da novação, a *datio cognitoris* e a *procuratio in rem suam* tinham mais vantagens, pois permitiam dispensar o consentimento do devedor cedido, bem como assegurar que todas as garantias continuavam a cercar a dívida cedida. Por esta razão, foram amplamente utilizadas como formas de transmissão do crédito. Isso aconteceu, todavia, somente em meados do século II, com Antonino Pio, quando se permitiu a transmissão directa dos créditos ao admitir-se a cobrança dos créditos da herança por parte do seu adquirente, através da *actiones utiles*; passando posteriormente a mesma acção a ser concedida ao comprador de um crédito, ao marido para reclamar os créditos sobre terceiros que constituíssem um dote, ao legatário de um crédito e ao adquirente na *datio in solutum* e, finalmente, Justiniano concedeu a *actio* aos herdeiros do donatário de um crédito³⁶⁴.

Com isso, no Direito Romano Clássico, em homenagem ao princípio da intransmissibilidade do crédito, considerava-se ainda o primitivo credor como verdadeiro credor, visto que o adquirente tinha apenas ao seu dispor uma *actio utilis* e não uma *actio directa*, pelo que tanto o cedente como o cessionário tinham acções contra o devedor, tendo que se recorrer a exceções para evitar o uso sucessivo de ambas³⁶⁵.

Contudo, os primeiros sinais de uma verdadeira transmissão do crédito surgem a partir do século XIII, em decorrência de construções do Direito costumeiro francês e das concepções humanistas. Ao que se indica, a alteração desta matéria ocorreu pelas

³⁶⁴ Veja-se neste sentido, Santos Justo, *Direito Privado Romano*, II⁴, ob. cit., pp. 153-157; Edoardo Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, ob. cit., p. 588-591; Juan Redondo Iglesias, La “Pollicitatio” em *Derecho Romano de Obligaciones*. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1994, pp. 460-461; Emilio Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *Fonti e vicende dell' obbligazione*, Giuffrè, 1995, p. 18; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 248.

³⁶⁵ Veja-se neste sentido, Santos Justo, *Direito Privado Romano*, II⁴, ob. cit., pp. 153-157; Edoardo Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, ob. cit., p. 588-591; Fritz Schulz, *Derecho romano clásico*, tradução de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Ed. Bosch, 1990, pp. 107-131.

necessidades concretas advindas do desenvolvimento das trocas comerciais ao longo da expansão do Direito romano e mesmo após a sua cisão³⁶⁶.

Assim, depois desta explicação histórica, devemos avançar para outras considerações.

3. Alteração da relação fidejussória pela modificação dos elementos da operação de fiança

3.1. Modificação subjectiva da posição do credor

I – Chegados aqui, cumpre agora estudar as variadas situações susceptíveis de originar a modificação subjectiva da posição do credor. Neste contexto, inicialmente nos debruçaremos sobre a modificação subjectiva do credor por cessão de crédito garantido através da fiança.

O *code* (1804) consagrou a transmissão relativa ao lado activo das relações obrigacionais, através do instituto da cessão de créditos (arts. 1689º a 1701º). Estava assim aberto o caminho para a regulação desta figura nas codificações europeias subsequentes, inicialmente o *codice* de 1865 e o CC português de 1867. Mais difícil era, sem dúvida, a admissão da transmissão do lado passivo das obrigações, isto é, dos débitos, uma situação não prevista nos códigos acima referidos.

Neste domínio, as tradições de transmissibilidade das obrigações no Norte da Europa, levaram a que o BGB consagrasse a figura da cessão de créditos nos parágrafos 398 a 413³⁶⁷.

Assim, importa considerar que no BGB verifica-se a cessão de créditos quando o credor, mediante negócio jurídico, designadamente de natureza contratual, transmite a terceiro o seu direito (parágrafo 398). Nestes termos, o negócio é celebrado entre o cedente e o cessionário e passa a produzir efeitos em relação a estes, ao devedor e a terceiros no momento da sua celebração. No sistema alemão, não se considera a

³⁶⁶ Neste sentido, Astuti, *Cessione (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*. t.VI. Milano: Giuffrè, p. 808.

³⁶⁷ Veja-se, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, *Direito das Obrigações, Cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, 2ª ed. totalmente revista, Almedina, 2016, p. 599.

notificação ao devedor como um requisito de oponibilidade da cessão a terceiros, admitindo apenas a protecção do devedor de boa-fé ³⁶⁸.

Há ainda que referir, conforme o parágrafo 401 do BGB, que se transmitem supletivamente com o crédito, a hipoteca e a fiança constituídas para garantir o cumprimento das obrigações³⁶⁹.

Contemporaneamente, além das já referidas regulações quanto à transmissão de créditos no BGB e no *code*, o *codice* (1942) prevê a cessação de créditos nos seus arts. 1260° a 1267°; o CCE (1889) trata a cessão de créditos sob os arts. 1526° a 1536°; o CCB regula a figura nos arts. 286° a 298° e o CC nos arts. 577° a 588°, no qual nos debruçaremos um pouco mais adiante.

O *codice* disciplina a figura da cessão de créditos nos seus arts. 1260° a 1267°, no âmbito do Capítulo V “*Della cessione dei crediti*”, sendo entendida como uma modificação subjectiva da obrigação³⁷⁰. No entanto, a doutrina maioria considera que a cessão de créditos não é um negócio típico, mas antes uma disciplina de efeitos que pode resultar de qualquer negócio translativo. Por isso, é susceptível de ser aplicada tanto numa compra e venda como numa doação de créditos³⁷¹.

Assim, nos termos do art.º 1260° do *codice*, admite-se a cessão de créditos a título gratuito ou oneroso, desde que o crédito não tenha natureza pessoal e a transferência não seja vedada por lei ou contrato, como se vê: “*Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge*”. No entanto, a doutrina italiana é unânime em considerar que a transmissão da titularidade do crédito do cedente para o cessionário se verifica com o acordo de vontades, sem necessidade do consentimento do devedor, por mero efeito do contrato ³⁷²; sendo pacífico que a notificação é eficaz desde que feita por meio idóneo.

³⁶⁸ Ludwig Enneccerus, Tratado de Derecho civil, t. II, vol. II, ob. cit., p. 376.

³⁶⁹ Veja-se neste sentido, parágrafo 401° do BGB: “Passing of accessory rights and preferential rights: (1) With the assigned claim the mortgages, ship mortgages or security rights attaching to them as well as the rights under a suretyship created for them pass to the new obligee.

³⁷⁰ Cfr., Alessandro Graziani, La cessione di crediti, em RDComm 29, vol. I, 1931, p. 278 e ss.

³⁷¹ Umberto Breccia, Le obbligazioni, Milano, Giuffrè, 1991, p. 787; Gavidia Sánchez, El sistema italiano de cesión de créditos, em AAVV, Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, II, Barcelona, Bosch, 1993, p. 1408.

³⁷² Umberto Breccia, Le obbligazioni, ob. cit., p. 782.

Para além disso, também é pacífico que o crédito se transmite ao concessionário com todos os seus privilégios, garantias pessoais e reais e com os outros acessórios, nos termos do art.º 1263º. Expresso o preceito: “*Per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori*”; ficando em consequência o cedente, obrigado a entregar ao cessionário os documentos probatórios do crédito (art.º 1262º).

Por sua vez, o CCE regula a cessão de créditos nos arts. 1112º e 1526º. O art.º 1112º estabelece o princípio geral da transmissibilidade dos direitos de crédito; porém admite a possibilidade de se convencionar a intransmissibilidade, ao determinar: “*Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”.

Nestes termos, a cessão de créditos encontra-se inserida no Capítulo VII do código, na secção relativa a transmissão de créditos e outros direitos corpóreos, na qual a doutrina trata como disposições gerais susceptíveis de serem aplicadas a qualquer negócio de transmissão de créditos, podendo a cessão resultar de contrato oneroso ou gratuito³⁷³.

Para além disso, o CCE estabelece que o crédito se transmite ao concessionário com todos os seus direitos acessórios, como a fiança, hipoteca e privilégios (art.º 1528º). Também, constitui questão pacífica que a transmissão da titularidade do crédito do cedente para o cessionário pode ocorrer sem prévio conhecimento do devedor e contra a sua vontade³⁷⁴. No entanto, se o devedor que não tem conhecimento da transmissão pagar a dívida ao primitivo credor, considera-se liberto da obrigação (art.º 1527º).

O CCB de 2002 regula a cessão de créditos, ao lado da assunção de dívidas, no Título II relativo à transmissão das obrigações, mais precisamente nos arts. 286º a 298º.

³⁷³ Veja-se, Fernando Pantaléon Prieto, Cesión de créditos, em ADC 41, 1988, pp. 1033 e ss; Julio Vicente Gavidia Sánchez, La cesión de créditos, ob. cit., p. 173 ss.

³⁷⁴ Veja-se neste sentido, jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol de 19 de Fevereiro de 2004, na qual declara: “[...] *el consentimiento del deudor cedido no es requisito que afecte a la existencia de la cesión, sino que queda al margen del contrato, y sólo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándose con el nuevo acreedor (Sentencias de 16 de octubre de 1982 y 23 de octubre de 1984, entre otras), mientras que la simple puesta en su conocimiento sólo tiene la finalidad de impedir que se produzca la liberación consentida por el artículo 1.527 del Código Civil*”. No mesmo sentido o Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 02 de Julho de 2008 que determina: “[...] *la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad sin que la notificación tenga otro alcance más que el de obligarle con el nuevo acreedor, de suerte que a partir de la misma no se reputará legítimo el pago que se haga al cedente y no al cesionario, el cual se subroga con plenitud jurídica en la posición jurídica de aquél tanto en lo relativo a la obligación principal como respecto de las accesorias que en su garantía se hubiesen, en su caso, constituido*.” Veja-se www.poderjudicial.es, visualizado em 14 de Julho de 2017.

Portanto, não se encontra associado a um específico tipo negocial. No entanto, no Direito brasileiro, desde o CCB de 1916, a cessão de créditos é expressamente prevista e, mesmo antes, já era tanto reconhecida pela doutrina como pela jurisprudência³⁷⁵.

Assim, O CCB procurou expurgar o conteúdo textual correspondente aos arts. 1076º e 1078º, de modo que deixou de conter previsão específica acerca da cessão legal, bem como as normas relativas a cessão negocial de créditos a outras modalidades de cessão de direitos³⁷⁶.

Deste modo, determina o art.º 286º do CCB: “*O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser aposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação*”. Claramente o legislador procurou manter a regra constante do art.º 1065º do CCB de 1916, apenas com o acréscimo da cláusula penal de protecção ao cessionário de boa-fé. Ficou ainda regulamentado no art.º 287º que a cessão de um crédito abrange todos os seus acessórios, salvo disposição em contrário. Este dispositivo corresponde ao art.º 1066º do CCB de 1916, pelo que não foi alvo de alterações, apenas ocorreu pequena melhoria redaccional. Notoriamente se verifica aqui, tal como nos restantes códigos, a regra geral de que o acessório tem o mesmo destino do principal (*accessorium sequitur principale*), a não ser que as partes entendam convencionar o contrário.

Encontra-se, a mais disso, previsto no CCB, no seu art.º 292º, que o devedor fica liberto da obrigação se, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo. No entanto, se foi notificado mais de uma vez, deve pagar a quem apresentar o título que conste a obrigação cedida, salvo se a obrigação constar de escritura pública, hipótese que prevalecerá a prioridade da notificação.

Dispõe ainda o art.º 293º do CCB que, independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer actos conservatórios do direito cedido.

³⁷⁵ Clóvis Bevilacqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. IV¹⁰, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1955, p.181.

³⁷⁶ Defende a doutrina brasileira que a subtracção do art.º 1078º na qual previa: “*As disposições deste título aplicam-se à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência*”, teve como finalidade evitar que o regime jurídico da cessão de créditos fosse pura e simplesmente aplicada, de modo imediato, à cessão da posição contratual, veja-se neste sentido Munir Karam, A transmissão das obrigações, cessão de crédito e assunção de dívida, in Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho (coords.). O novo Código Civil, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, São Paulo, 2003, p. 320.

O mencionado preceito não tem qualquer correspondência com o disposto no CCB de 1916.

Deste modo, a notificação do devedor é requisito de eficácia do acto, quanto a ele, devedor. Mas não obsta a que o cessionário possa investir em todos os direitos relativos ao crédito cedido, inclusive ceder o crédito a outrem. Assim, a cessão produz efeitos imediatos na relação entre cedente e cessionário; porém, a eficácia do acto frente ao devedor fica dependente da respectiva notificação.

O legislador português, já nas Ordenações Manuelinas (Livro IV do Título XV), se referia ao “cedimento” e “trespassamento” das obrigações. Contudo, só regulamentou a transmissibilidade activa e passiva das obrigações no CS.

Nestes termos, o CS colocou a figura da cessão de créditos no Capítulo IX “Dos efeitos e cumprimento dos contratos”, onde aparece regulada nos arts. 785º a 795º.

Em termos de regime, o art.º 785º referia-se simplesmente que: “*O credor pode transmitir a outrem o seu direito ou crédito, por título gratuito ou oneroso, independentemente de consentimento do devedor*”; pelo que, o crédito passava ao cessionário com todos os direitos e obrigações acessórias, salvo se tivesse sido estipulado em sentido contrário (art.º 793º). A par disso, o código disciplinou a cessão de direitos litigiosos (parágrafo único do art.º 785º, arts. 786º, 787º e 788º). Posteriormente, em termos de eficácia da cessão, determinou o art.º 789º que: “*Pelo que respeita ao cedente, o direito cedido passa ao cessionário pelo facto do contrato*”; contudo, na relação com o devedor ou terceiro, a cessão só podia produzir efeitos desde a sua notificação ao devedor, ou por outro modo levado ao seu conhecimento, contando que o fosse por forma autêntica.

Assim, enquanto não se notificasse ou desse conhecimento ao devedor da transmissão, era-lhe permitido libertar-se, pagando ao cedente, e a este conferir-lhe o direito de exercer contra aquele todos os seus direitos. Neste intervalo de tempo, o cessionário somente podia proceder contra o cedente os actos necessários à conservação do crédito (art.º 791º)³⁷⁷. Determinava ainda o art.º 792º do CS “*Os credores do cedente*

³⁷⁷ Na visão de Cunha Gonçalves, o cessionário ao adquirir o direito por meio de contrato, nada obstava a que pudesse instaurar acção contra o devedor, a qual correspondia uma forma de lhe dar conhecimento por modo autêntico da cessão. Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., p. 68. Em sentido oposto, Guilherme Moreira defendeu que o cessionário, antes da notificação, não podia agir contra o devedor, nem judicial nem extrajudicialmente. Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., p. 209.

podem igualmente exercer os seus direitos sobre a dívida cedida, enquanto a cedência não for notificada, ou conhecida na forma sobredita”.

Por via disso, não obstante o legislador consagrar expressamente a ocorrência ou não da notificação, a eficácia da cessão devia ser diferente em relação às partes e em relação ao devedor e a terceiros. A doutrina, porém, discordava quanto à relevância da mesma. Para Cunha Gonçalves, a notificação era uma mera condição de eficácia do contrato em relação a terceiros, pelo que não tinha qualquer importância para efeitos de transmissão do crédito. Defendia este autor que: “ [...] o crédito fica transferido para o cessionário por mero facto do contrato (art.º 789º) e não era preciso posse alguma”³⁷⁸. Ao passo que, para Guilherme Moreira: “[...] a cessão dum crédito, produzindo imediatamente os seus efeitos pelo contrato nas relações entre o cedente e o cessionário, só produz esses efeitos em relação a terceiros e ao devedor, desde que seja notificada a este ou por qualquer modo levado ao seu conhecimento, contanto que o seja por forma autêntica (art.º 789º). O devedor só fica, pois, adstrito para com o novo credor ao cumprimento da obrigação, desde que a cessão lhe haja sido notificada ou que tenha conhecimento dela por forma autêntica. Ainda que se considere a notificação feita ao devedor como uma formalidade cujo fim é, em relação a terceiros, a publicidade da cessão, por se entender que pedirá informações ao devedor sobre o crédito quem pretenda exercer sobre este algum direito ou efectuar algum contrato, é certo que só pela notificação ao devedor se transfere efectivamente o direito de crédito para o cessionário. O devedor não pode opor-se (art.º 785º) à cessão, mas esta só existe em relação a ele, desde que se dê a notificação”³⁷⁹.

Ficou ainda determinado no CS que, em princípio, o crédito se transmitia ao cessionário com todos os direitos e obrigações acessórias, a não ser que se convencionasse o contrário (art.º 793º).

Actualmente, a figura da cessão de créditos encontra-se prevista no Capítulo IV “ Transmissão de créditos e de dívidas”, nos arts. 577º a 588º. Nestes termos, entende-se por cessão de crédito o contrato pelo qual o credor, a título gratuito ou oneroso, transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou

³⁷⁸ Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. V, ob. cit., p. 65.

³⁷⁹ Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., p. 198.

parte do seu crédito (art.º 577º do CC)³⁸⁰. Conforme resulta deste preceito, a cessão de créditos exige o assentimento do cedente (antigo credor) e do cessionário (o terceiro) que passará a ser o novo credor com a transmissão do crédito. Pelo contrário, não se exige o consentimento do devedor, nem ele tem de prestar qualquer colaboração para que ocorra a transmissão.

Assim, são requisitos da cessão de créditos: a existência de um negócio jurídico a determinar a transmissão total ou parcial do crédito³⁸¹, a inexistência de impedimentos legais ou contratuais a essa transmissão³⁸² e, como último requisito, a cessão de créditos não pode encontrar-se ligada, pela própria natureza da prestação, à pessoa do credor, logo não se mostram cedíveis créditos com carácter estritamente pessoal³⁸³.

³⁸⁰ Consultar Vaz Serra, Cessão de créditos ou de outros direitos, *in* Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXX, p. 191 e ss, e vol. XXXI, p. 190 e ss; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Cessão de Créditos, reimpressão da edição de 2005, 2016, Almedina; Miguel Pestana de Vasconcelos, A cessão de créditos em garantia e insolvência. Em particular a posição do cessionário na insolvência do cedente, Coimbra, 2007; Maria de Assunção Oliveira Cristas, Dupla venda de um direito de crédito, Separata da Revista "O Direito", ano 132.º (2000), n.º I-II. - pp. 197-254; Antunes Varela, Das obrigações em geral, II⁷, ob. cit., p. 294 e ss; Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 813-821; Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 605-612.

³⁸¹ O negócio jurídico pode consistir numa compra e venda (art.º 874º), numa doação (art.º 940º), numa sociedade (alínea c), do art.º 984º), num contrato de *factoring*, numa dação em cumprimento (art.º 837º), ou dação *pro solvendo* (n.º 2 do artigo 840.º do Código Civil) e num acto de constituição de garantia, nestes termos, o regime jurídico impõe o respeito pelo negócio que lhe serve de base, pelo que determina n.º 1 do art.º 578º determina que “*Os requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que lhe serve de base*”, nos termos do qual se estabelece ainda a garantia quanto à existência e a exigibilidade do crédito (art.º 587º). Assim, será através do regime do negócio base que se determinará qual a forma e o regime jurídico aplicável à cessão de créditos.

³⁸² No tocante aos impedimentos legais, verifica-se que existem situações em que a própria lei proíbe a cessão de créditos, como por exemplo, o direito a alimentos, art.º 2008º do CC. No entanto, o caso mais notável é o da proibição da cessão de direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa (art.º 579º): os juízes, os magistrados do Ministério Público, os funcionários da justiça e os mandatários judiciais (advogados), se o processo decorre na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão. A cessão efectuada nestes termos, além de ser nula, sujeita o cessionário à obrigação de reparar os danos causados (art.º 580º). A razão para esta proibição funda-se no justo receio das entidades referidas poderem actuar com fins especulativos, levando os titulares destes créditos a ceder-lhes por baixo preço, com o argumento da sua influência no processo. Veja-se mais sobre o assunto em Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., pp. 293 - 304. Por sua vez, a cessão de créditos exige ainda que não tenha sido convencionado entre as partes que o crédito não seria objecto de cessão, ou seja, não tenha sido pactuado entre o credor e o devedor que não é admissível a cessão do crédito. Trata-se do denominado *pactum non cedendo*, que pode ser contemporâneo da constituição do crédito ou posterior a ela. Justifica-se que se convencie a incedibilidade do crédito, pois deve ser vista em relação aos sujeitos como tendo carácter pessoal. Veja-se, neste sentido, Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., p. 200; Vaz Serra, Cessão de créditos ou de outros direitos, ob. cit., p. 284. Porém, um pacto dessa natureza não tem valor absoluto, visto que somente será oponível ao cessionário desde que ele conheça a sua existência ao tempo da cessão; portanto, o n.º 2 do art.º 577º acaba por condicionar a eficácia prática deste pacto.

³⁸³ Para cumprir este requisito basta averiguar se a alteração do credor é passível de trazer desvantagens para o devedor, em face daquilo a que se obrigou a prestar. Temos a situação em que a

Vale por isso dizer, que a previsão legal consagra nestes termos um fenómeno de transmissão da relação obrigacional pelo lado activo, com a ideia básica de manter inalterados os restantes elementos da relação obrigacional. Assim, por exemplo: “F emprestou a G €100, pelo prazo de 2 anos, garantido por fiança prestada por H. Entretanto, passado 6 meses F necessita de reaver a quantia mutuada, mas partindo do princípio que não pode exigir o referido montante do mutuário, vende o seu crédito a I, que o aceita por estar assegurado por garantia que transmite segurança e consistência”.

Importa, a par disso, ainda considerar os efeitos da cessão de créditos em relação as partes – entre cedente e cessionário -, em relação ao devedor e em relação a terceiros.

No tocante às partes, a cessão tem como efeito principal a transmissão do crédito do cedente para o cessionário. Neste âmbito, observa-se que o cessionário torna-se, nos termos do art.º 577º, o novo titular do crédito, passando a ser este quem detém a faculdade de exigir do devedor o cumprimento da prestação, apesar do cedente permanecer como parte contratual no âmbito da relação contratual que tenha originado o crédito, visto que essa qualidade só se transmite para o cessionário por via da cessão da posição contratual³⁸⁴.

Assim, em relação às partes a cessão opera por efeito do contrato e ocorre imediatamente à transferência do direito à prestação do cedente para o cessionário, com todas as faculdades que lhes sejam inerentes. Daí que o cedente fica obrigado a entregar ao cessionário os documentos e demais meios probatórios do crédito que se encontrem na sua posse, salvo se o cedente tiver interesse legítimo em conservá-los (art.º 586º), como ocorre no caso da cedência parcial do crédito ou no caso de o mesmo documento se referir a outras dívidas. Contudo, o cessionário pode obrigar o cedente a apresentar o documento e dele tirar cópias, nos termos dos arts. 575º e 576º³⁸⁵.

Verifica-se, entretanto, que o cedente e o cessionário têm uma intervenção activa, ao passo que o devedor desempenha um papel passivo. Não obstante isso, a

prestação devedora, por sua natureza, se encontra de tal modo ligada ao credor que não seria razoável impor ao devedor a vinculação a outra pessoa, bem como situações em que se tomem em especial consideração as qualidades ou condições do credor, como a prestação de serviços médicos ou de advogados (*vide* Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., pp. 199-200; Vaz Serra, Cessão de créditos ou de outros direitos, ob. cit., p. 278). O mesmo sucede com o crédito alimentar (art.º 2008).

³⁸⁴ Cfr., neste sentido, Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 314.

³⁸⁵ Veja-se neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 586º, pp. 601-602.

transmissão do crédito não pode ser imediatamente oponível ao devedor, uma vez a lei determinar que a cessão só produz os seus efeitos em relação ao devedor com a sua notificação judicial ou extrajudicial (n.º 1 do art.º 583º). O Código admite ainda que a cessão produza efeitos em relação ao devedor, mesmo sem a notificação, quando seja por ele aceite (n.º 2 do art.º 583º)³⁸⁶. Assim, a aceitação³⁸⁷ apenas tem o efeito de tornar dispensável a notificação; portanto, não tem, em princípio, valor negocial de reconhecimento de dívida, mas antes uma manifestação de conhecimento da cessão³⁸⁸.

Entretanto, existe uma diferença temporal, na eficácia da cessão de créditos, na qual em relação ao devedor só ocorre num momento posterior, quando o devedor é notificado desta, a aceita ou dela tem conhecimento, ao passo que em relação às partes ocorre no momento da celebração do contrato.

³⁸⁶ Tem sido objecto de ampla discussão doutrinal e jurisprudencial a questão de saber se a citação vale como notificação ao devedor cedido. Para uma corrente jurisprudencial, a citação do devedor para a acção, não tem a virtualidade de suprir a falta da notificação judicial da cessão de créditos prevista no n.º 1 do art.º 583º do CC. Neste sentido se pronunciou o Ac. do STJ de 9 de Novembro de 2000, no qual podemos ler: “*Não tendo a devedora sido notificada da cessão, não podem atribuir-se, à citação para a acção, os efeitos do n.º 1 do art.º 583º do CC. Um dos elementos integrantes da causa de pedir, é, precisamente, o da notificação da cessão de créditos ou sua aceitação por parte do devedor quer isto dizer que, antes da citação, já tal elemento deverá fazer parte do elenco de factos articulados*”. Em resumo a questão a resolver neste Ac. prendia-se em saber se a citação para a acção faz a vez da notificação a que se refere o n.º 1 do art.º 583º do CC. Porém, concluiu-se que à citação não podem ser atribuídos os efeitos plasmados no n.º 1 do art.º 583º do CC, pois os efeitos da citação são os estabelecidos no art.º 481º do CC; veja-se www.dgsi.pt, visualizado em 19 de Julho de 2017.

Em sentido oposto temos o Ac. do STJ de 3 de Junho de 2004, considerou: “*Com a citação para a acção, o R. tomou conhecimento da cessão que passou a ser-lhe oponível. A inoponibilidade da cessão ao R. provocava, enquanto perdurasse, a inexigibilidade da sua dívida ao cessionário; mas com a citação e o início da eficácia da cessão, a dívida passava a ser imediatamente exigível pelo novo credor. A citação do R. para a acção trás consigo, por conseguinte, a eficácia da cessão que o novo credor pode invocar e, por arrastamento, a exigibilidade da dívida que o R. vai ter que solver ao novo titular*”. Concluiu assim o douto Ac. que: “*A cessão de créditos é pois oponível ao devedor por via de citação para a acção. Devendo, o devedor tem de pagar, independentemente de quem seja o credor, por via judicial ou extrajudicial. A tanto obrigam os princípios de confiança do comércio jurídico e também de economia e celeridade processual, para além da crescente e razoável simplificação formal dos procedimentos. Assim, a cessão efectuada entre o cessionário (requerente) e a cedente do crédito que este detinha sobre o requerido produziu os seus efeitos em relação ao requerido a partir do momento em que foi notificado do requerimento de injunção*”. Nestes termos, parece ser de acompanhar a posição jurisprudencial expandida, na qual defende que a citação torna a cessão eficaz perante o devedor e, logo, o crédito passa a ser exigível. No mesmo sentido, Ac. da RC de 22 de Novembro de 2016. Veja-se em www.dgsi.pt, visualizado em 18 de Julho de 2007. No mesmo sentido, Maria de Assunção Oliveira Cristas, Cadernos de Direito Privado n.º 14, Abril/Junho de 2006, pp. 63-65.

³⁸⁷ A notificação e a aceitação não estão sujeitas a forma especial, podendo esta última ser efectuada tacitamente (arts. 217º e 219º do CC).

³⁸⁸ Cfr., neste sentido, Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 359.

Nestes termos, uma coisa é a transmissão do crédito e outra a sua eficácia perante o devedor, parecendo claro que após o negócio jurídico, o cessionário passa a ser titular do crédito independentemente da eficácia da cessão em relação ao devedor³⁸⁹.

Contudo, se o devedor antes da notificação ou aceitação pagar ao cedente, esses efeitos são oponíveis ao cessionário. Tendo assim, a oponibilidade do pagamento ao cessionário só é válida se ele demonstrar que o devedor não ignorava a cessão (n.º 2 do art.º 583º). Na visão de Menezes Leitão, a razão desta restrição reside na má-fé do devedor que, mesmo sabendo que ocorreu a cessão paga ao cedente, mostrando-se desse modo que a alegação pelo cessionário desse conhecimento, equivale a uma *exceptio doli* e, portanto, é necessário que tenha ocorrido um conhecimento efectivo, não bastando o desconhecimento por negligência³⁹⁰.

Por outro lado, verifica-se que não havendo convenção em contrário, a cessão de crédito importa a transmissão a terceiro das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa cedente (n.º 1 do art.º 582º)³⁹¹. Desde logo, afirma Menezes Leitão, que tal solução advém da admissibilidade da circulação de créditos, da qual resulta que a cessão de créditos não pode originar o enfraquecimento do direito cedido, o que forçosamente ocorreria se as garantias e outros acessórios não acompanhassem o crédito³⁹². Substancialmente, o regime do n.º 1 do art.º 582º exprime o velho princípio por nós conhecido, *accessorium sequitur principale*³⁹³.

Relativamente às garantias, a lei determina que se transmitem as que não forem inseparáveis da pessoa do cedente. Nestes termos, parece evidente que as garantias reais – consignação de rendimentos (arts. 656º e ss.), penhor (arts. 666º e ss.) a hipoteca (arts. 686º e ss) – quer as garantias pessoais – a fiança (arts. 627º e ss.) - se transmitem para o cessionário; a não ser que o cedente as reserve ao direito de consentir a cessão do

³⁸⁹ Veja-se neste sentido, Antunes Varela, Das obrigações em geral, II⁷, ob. cit., p. 313; Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., pp. 315-316; Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, ob. cit., p. 611

³⁹⁰ Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 359. Em sentido contrário, Maria de Assunção Oliveira Cristas, defende uma configuração ética da boa-fé subjectiva, pelo que argumenta que a ignorância culposa pelo devedor é bastante para tornar a cessão eficaz em relação a ele. Dupla venda de um direito de crédito, em Dir.132 (2000), I-II, p. 233 e ss.

³⁹¹ Cfr., Vaz Serra, Cessão de créditos ou de outros direitos, ob. cit., p. 298 e ss.; Antunes Varela, Das obrigações em geral, II⁷, ob. cit., p. 323 e ss.; Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., pp. 324-325.

³⁹² Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., pp. 324-325.

³⁹³ Neste sentido a jurisprudência, Ac. da RL de 24 de Abril de 2008; Ac. do STJ de 14 de Outubro de 2010; Ac. da RC de 22 de Novembro de 2016.

crédito. Contudo, nestas circunstâncias as garantias extinguir-se-ão, porquanto deixa de existir o crédito³⁹⁴. Já como estipulações acessórias, destacam-se a cláusula penal e os juros.

Mais uma vez, claramente e de modo explícito, é aqui evidente o velho princípio por nós conhecido, *accessorium sequitur principale*.

Diante do exposto, dúvidas não restam que a fiança se transmite em resultado da cessão, até como consequência da sua acessoriedade; porém, nada obsta que se introduza no contrato de fiança a cláusula mediante a qual, ocorrendo a cessão de crédito, a garantia caduca. Nestas circunstâncias a fiança não se pode transmitir a terceiro. À semelhança disso, o mesmo sucede nas situações através da qual se demonstre que a prestação de fiança tem carácter *intuitu personae* relativamente à pessoa do credor³⁹⁵, pois do mesmo modo não se pode transmitir o crédito a terceiro; caso aconteça, a garantia extingue-se³⁹⁶.

II - No entanto, não se deixa de questionar se existe a possibilidade de a fiança ser excluída da transmissão do crédito, reservando-se ao cedente a faculdade de exigir ao fiador que cumpra a obrigação perante o cessionário; ou determinar-se a transmissão autónoma da fiança, reservando-se para o cessionário a faculdade de exigir do garante que este pague ao cedente.

A doutrina maioritária alemã contesta a possibilidade da garantia fidejussória ser cedida de forma autónoma ou ser convencionado já que em caso de transmissão da dívida a fiança não acompanha o crédito. Por considerar, justamente em homenagem ao princípio da acessoriedade, tal não se mostra cabível. Assim, se na sequência da cessão o credor deixa de ser credor do crédito principal e a fiança não for cedida, nos termos do parágrafo 401 (*Passing of accessory rights and preferential rights: (1) With the assigned claim the mortgages, ship mortgages or security rights attaching to them as*

³⁹⁴ Veja-se neste sentido, Vaz Serra, Cessão de créditos ou de outros direitos, ob. cit., p. 300. Afirma no entanto, L. Miguel Pestana de Vasconcelos que não tem forçosamente de ser de tal forma, porquanto, desde que estejam reunidos os pressupostos legais, quer o penhor, quer a hipoteca podem ser cedidos independentemente da transferência do crédito garantido, o que significa que o cedente sendo titular de vários créditos sobre a mesma pessoa, pode transmitir um deles a outrem e ao mesmo tempo transferir o seu direito de garantia para outro crédito seu com aquele devedor. Veja-se, O contrato de franquia, 2ª ed., 2010, Almedina, p. 301, nota 751.

³⁹⁵ Para Januário da Costa Gomes, a demonstração do carácter *intuitu personae* da fiança tem de resultar do texto da garantia, na qual deve fazer referência que a mesma se limita ao período de titularidade do crédito pelo credor originário; todavia, não afasta a possibilidade do carácter *intuitu personae* resultar da ligação crédito-garantia. Cfr., Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 325 e ss.

³⁹⁶ Veja-se neste sentido, Ac. do STJ de 23 de Outubro de 2014; Ac. do STJ de 27 de Setembro de 2016.

well as the rights under a suretyship created for them pass to the new obligee.), o contrato de fiança fica sem objecto. Para esta doutrina, a garantia ao não acompanhar o crédito significa que o fiador deixa de estar pessoalmente obrigado perante o credor da obrigação principal e passa a estar obrigado perante um terceiro que não detém qualquer interesse digno de protecção legal relativo à satisfação do direito de crédito³⁹⁷. Em posição contrária, a doutrina minoritária defende que não existe qualquer impedimento que a fiança seja separada do crédito principal, uma vez que tal separação não agrava a responsabilidade do garante nem prejudica a posição de qualquer das partes³⁹⁸.

Em território nacional, ainda na vigência do CS, a questão foi abordada por Vaz Serra, na qual concluiu: “[...] *não parece haver qualquer obstáculo a que o cedente reserve para si o direito de exigir do fiador que pague ao cessionário, isto é, a que a fiança se exclua da cessão*”. Quanto a autonomia do crédito fidejussório afirma o mesmo autor: “[...] *poderia haver interesse nesta cessão, pois o cedente pode querer atribuir a outrem apenas o direito contra o fiador*”³⁹⁹.

Nos dias que correm, Menezes Leitão defende mostrar-se possível a autonomização da garantia fidejussória do crédito principal, já que a cessão de créditos não constitui entrave à cessão da garantia desacompanhada do crédito. Entretanto, diz ainda o mesmo autor que o mesmo ocorre com outras garantias acessórias, tal como o penhor e a hipoteca⁴⁰⁰.

Por sua vez, Januário da Costa Gomes não vê de forma tão linear que o facto de o legislador permitir que nos termos do art.º 727º: “*A hipoteca que não for inseparável da pessoa do devedor pode ser cedida sem o crédito assegurado, para garantia de crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor, com observância das regras próprias da cessão de créditos; se, porém, a coisa ou direito hipotecado pertencer a terceiro, é necessário o consentimento deste*”, se conclua que a fiança possa ser autonomizada da obrigação principal, uma vez que além de se tratar de institutos com natureza diversa, a lei é clara ao estabelecer que o crédito cedido passa a garantir um crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor; portanto, não ocorre o fenómeno

³⁹⁷ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 782-785; Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 326.

³⁹⁸ Veja-se neste sentido, Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 326.

³⁹⁹ Cfr., Vaz Serra, Cessão de créditos ou de outros direitos, ob. cit., p. 300.

⁴⁰⁰ Veja-se, Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 326; no mesmo sentido Pestana de Vasconcelos, A cessão de créditos em garantia, ob. cit., p. 488.

do crédito hipotecário ficar suspenso sobre o vazio; ademais, tratando-se de coisa ou direito pertencente a terceiro, é indispensável o seu consentimento⁴⁰¹. Assim, para este autor, embora o legislador tenha concebido a figura da fiança a pensar na situação comum de identidade entre credor do crédito principal e o credor do crédito de fiança, não se pode afastar a possibilidade dessa dissociação sem uma demonstração que se está a ferir o princípio da acessoriedade, ou que se está a prejudicar o garante ou ainda a existência de um enriquecimento ilícito do credor do crédito⁴⁰². Nestes termos, a cisão de credores e de créditos não é vedada pela acessoriedade da fiança, pois a situação do fiador não se altera, podendo continuar a opor ao cessionário as mesmas excepções que possuía em relação ao cedente, acrescido de mais uma que consiste em recusar pagar directamente ao credor do crédito fidejussório, apesar de não poder recusar perante este o pagamento ao credor do crédito principal. Assim, não existem razões objectivas para o fiador ser liberto com a cessão do crédito, até porque pode ocorrer que o cedente queira manter a garantia; pois poderá voltar a adquirir o crédito, ou acredita estar em melhores condições que o novo credor para forçar o fiador a cumprir a obrigação fidejussória⁴⁰³.

Em suma, o princípio da acessoriedade não obsta a que, com a cisão de credores e de créditos, a garantia fidejussória possa desassociar-se do crédito principal.

III - Outra hipótese a equacionar é a de se saber se a transmissão da fiança ao primeiro pedido permite igualmente transmitir a faculdade da sua exigência automática.

A posição dominante na doutrina alemã é a de que a faculdade de exigência automática não se pode transferir ao cessionário; pelo que, após a cessão esta mantém-se na esfera do cedente. Esta doutrina parte do princípio de que o fiador confia especificamente na pessoa em benefício da qual prestou a garantia e, como todas as cautelas são poucas, não se mostra razoável transferir tal faculdade a uma pessoa na qual o fiador não manifestou confiança, o que representa um elevado risco para este. Assim, entende-se que a transmissão da faculdade de exigência automática implica um prévio consentimento do garante; caso contrário não é inseparável da pessoa do cedente⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 729, pp. 749-750; Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 786.

⁴⁰² Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 786-787.

⁴⁰³ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 787.

⁴⁰⁴ Apud Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., pp. 328-329.

Outra parte da doutrina repudia firmemente esta tese, concluindo que, a confiança do fiador somente diz respeito à capacidade de cumprimento do devedor e em nada se relaciona com a futura conduta do novo credor que na maioria das vezes nem sequer é conhecido do fiador. Por essa razão, não existe qualquer impedimento que a faculdade de exigência automática se transfira ao nosso credor, pelo que será o resultado normal da cessão, salvo se as partes convencionarem em contrário⁴⁰⁵.

Na doutrina portuguesa, Menezes Leitão, considera que a melhor posição parece ser “ *no entanto, a que faz depender a transmissão da faculdade de exigência automática do consentimento do garante. Efectivamente, é exacto que a confiança do garante se refere à capacidade do cumprimento do devedor, como ocorre em qualquer garantia, mas na garantia automática há um plus em relação à situação normal das garantias, que consiste na faculdade de ser exigida à primeira solicitação, sendo extremamente limitadas as excepções oponíveis pelo devedor. Ora a concessão dessa faculdade deve considerar-se intuitu personae, não podendo assim essa faculdade ser transmitida sem o consentimento do garante, pelo que permanecerá sem esse consentimento na esfera do cedente*”⁴⁰⁶.

Ora, parece-nos que a solução para o problema centra-se no carácter *intuitu personae* de tal faculdade, ou seja, a existência de uma relação em consideração especial à pessoa identificável no contrato de fiança, a justificar que o fiador somente está interessado em prestar garantia em benefício dela e já não em favor de qualquer outro. Nestes termos, anote-se que, principalmente nas fianças prestadas por profissionais, desconsidera-se a pessoa do beneficiário, desconhecendo-o mesmo. Pelo que, não nos parece razoável rejeitar *a priori* a transmissão da faculdade de exigência automática do crédito, sem antes se demonstrar o seu carácter pessoal; claramente se com a interpretação do negócio se concluir o carácter *intuitu personae*, naturalmente a transmissão não se mostra possível.

IV – Apura-se, contudo, que outra das hipóteses passível de originar a modificação da posição subjectiva do credor, constitui a cessão da posição contratual.

No Direito romano onde teoricamente era impensável a transmissão de obrigações, a cessão da posição contratual era totalmente inconcebível e qualquer tentativa em fazê-lo implicaria a alteração da própria relação jurídica. Assim, a cessão

⁴⁰⁵ Apud, Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 329.

⁴⁰⁶ Menezes Leitão, Cessão de Créditos, ob. cit., p. 329.

da posição contratual é uma construção moderna que diverge da compreensão estritamente pessoal da obrigação, podendo mesmo ser considerada como a forma mais elevada de transmitir obrigações.

Vistas assim as coisas, a cessão da posição contratual logrou a sua consagração legal no sistema português como figura geral, no Código de 1966. O CS descurou totalmente esta figura, tal como aconteceu com o *code*, o *codice* de 1865, o BGB, o CCE, o CCB, entre outros.

A esse respeito, interessa ter presente que a primeira codificação a dar assento a um negócio autónomo de transmissão de todas as relações emergentes de um contrato e a discipliná-lo, foi o *codice* de 1942, sob a epígrafe «da cessão do contrato», inserida no título relativo aos contratos em geral nos arts. 1406º a 1410º. Nele estabelece a seguinte noção legal: “*Cada uma das partes pode substituir-se por um terceiro nas relações derivadas de um contrato com prestações correspectivas, se estas ainda não estiverem exigidas, desde que a outra parte consista nisso*”⁴⁰⁷ (art.º 1406º)⁴⁰⁸. Assim, é de fixar acerca da posição contratual o princípio de que qualquer das partes num contrato pode transmitir a terceiro a sua posição resultante desse contrato, desde que a outra parte consinta nessa transmissão.

Para que ocorra a cessão, naturalmente é necessário que do contrato resultem créditos e dívidas para ambas as partes⁴⁰⁹.

Note-se ainda, que a cessão da posição contratual carece de consentimento da outra parte no contrato e, nestas circunstâncias, a cessão produz efeitos em relação ao contraente cedido logo que este preste o seu consentimento. Porém, nada obsta que uma das partes, previamente, reconheça à outra o direito de ceder a sua posição contratual. Neste caso o *codice* declara a substituição eficaz em relação à parte que consentiu previamente nela, a partir do momento em que lhe foi notificada ou aceitou (art.º 1407º:

⁴⁰⁷ Art.º 1406º do *codice*: “*Ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta*”.

⁴⁰⁸ À exceção de Pietro Perlingieri, que faz referência ao instituto como *il trasferimento delle posizioni contrattuali*, veja-se em La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali. In Il diritto delle obbligazioni e dei contratti, Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico Attuale, Cedam, 2006, pp. 99-120, os autores italianos, em geral, preferem a designação de cessione del contratto para o instituto em referência. Neste sentido, Antonio Albanese, Cessione del contratto, Bologna, Zanichelli, 2008; Emilio Betti, Teoria generale delle obbligazioni, vol. III, ob. cit., p. 31 e ss.; Raffaele Cicala, Il negozio di cessione del contratto, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962, p. 5 e ss.

⁴⁰⁹ Domenico Barbero, Sistema istituzionale del diritto privato italiano, 3ª ed., II, Torino, 1950, p. 716.

*“Se una parte ha consentito preventivamente che l'altra sostituisca a se un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, la sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui le è stata notificata o in cui essa l'ha accettata”*⁴¹⁰.

Determina ainda o n.º 2 do art.º 1407º: *“Se todos os elementos do contrato resultam de um documento em que está incorporada a cláusula à ordem ou outra equivalente, o endosso do documento produz a substituição do endossado na posição do endossante”*⁴¹¹. Assim, para que a cessão do contrato produza a liberação do cedente para com o contraente cedido, tem necessariamente de ocorrer o consentimento deste. Neste caso a liberação verifica-se no momento em que a cessão é notificada ao contraente cedido ou este a aceitou. Todavia, o contraente cedido, se declarou não liberar o cedente, pode agir contra ele quando o cessionário não cumpra as obrigações assumidas (n.º 2 do art.º 1408º). Neste caso o contraente cedido deve informar ao cedente do não cumprimento do cessionário, no prazo de quinze dias, a contar da data em que não se verificou o cumprimento; caso não o faça é obrigado a reparar os danos⁴¹². Por outro lado, para que o endosso do documento produza o efeito de substituição do endossado, na posição do endossante, exige-se que no documento se inclua a cláusula à ordem ou equivalente, sem a qual não se poderá verificar o consentimento do outro contraente na transmissão da posição contratual por endosso. Além disso, todos os elementos do contrato devem constar desse documento, pois a sua inexistência leva a que não se conclua se este transmitiu a posição contratual ou que o outro contraente quis autorizar tal transmissão⁴¹³.

Por via disso, cedida a posição contratual do cedente, o cessionário se substitui àquele não só nos créditos, como nas dívidas, ou seja, em toda a posição contratual do

⁴¹⁰ Domenico Barbero, questiona o que significa aceitação. Observa este autor que, tendo o contraente cedido dado o seu assentimento prévio, não há que exigir a aceitação dele, pois nos termos do art.º 1407º quem consentiu previamente sem reserva acerca da pessoa do cessionário não pode retirar o consentimento com base em que este não lhe agrada, tanto quanto é certo que, se recusa a aceitação, pode recorrer-se à notificação; daí que o artigo 1407º queira apenas dizer que a aceitação é o meio de suprir a falta de notificação. Veja-se, Sistema istituzionale del diritto privato italiano, ob. cit., p. 718.

⁴¹¹ Cfr. n.º 2 do art.º 1407º: *“Se tutti gli elementi del contratto risultano da un documento nel quale è inserita la clausola "all'ordine" o altra equivalente, la girata del documento produce la sostituzione del giratario nella posizione del girante”*.

⁴¹² Veja-se n.º 2 e 3 do art.º 1408º: *“Tuttavia il contraente ceduto, se ha dichiarato di non liberare il cedente, può agire contro di lui qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte. Nel caso previsto dal comma precedente, il contraente ceduto deve dare notizia al cedente dell'inadempimento del cessionario, entro quindici giorni da quello in cui l'inadempimento si è verificato; in mancanza è tenuto al risarcimento del danno”*; Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.º 641, p. 140.

⁴¹³ Veja-se neste sentido, Domenico Barbero, Sistema istituzionale del diritto privato italiano, ob. cit., p. 719. Veja-se, Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.º 640, p. 140.

cedente. O mesmo acontece quando a cessão se faz por endosso do documento contratual, na qual o endossado se substitui ao endossante na posição contratual deste último, no seu conjunto, e não apenas nos seus créditos⁴¹⁴

Dispõe ainda o art.º 1410º do *codice*: “*Il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto. Se il cedente assume la garanzia dell'adempimento del contratto, egli risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto*”. Nas relações entre cedente e o cessionário, o cedente é obrigado a garantir a validade do contrato. Assim, se o cedente assume a garantia de cumprimento do contrato, responde como fiador pelas obrigações do contraente cedido. Mesmo na falta de uma convenção expressa, o cedente é obrigado a garantir a existência e a validade do contrato cedido, não o cumprimento do contraente cedido. Se há expressa garantia de cumprimento, o cedente assume a posição de fiador e, nestes termos, responde para com o cessionário solidariamente com o contraente cedido (art.º 1944º), mas nos limites do art.º 1492º⁴¹⁵.

Como se vê, a cessão da posição contratual impôs-se gradualmente na prática jurídica de diversos países europeus derivado do seu relevo social⁴¹⁶.

Em Portugal, tal como já fizemos referência o CS não previu a figura da cessão da posição contratual. Doutrinalmente, surge como precursor Inocêncio Galvão Telles que desde muito cedo defendeu a possibilidade da “*cessão do contrato*”⁴¹⁷. Por sua vez, Vaz Serra defendeu a consagração legal desta figura aquando da elaboração do CC⁴¹⁸. Assim, o sistema positivo português revelou-se um dos mais avançados nesta matéria, embora muito por influência do direito italiano.

No nosso direito, a cessão da posição contratual encontra-se regulada no art.º 424º do CC, na qual determina: “*No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão*”.

⁴¹⁴ Veja-se, Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.º 640, p. 140.

⁴¹⁵ Veja-se, Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n.º 642, p. 140.

⁴¹⁶ Cfr., Sobre a evolução jurisprudencial nos diversos países, Carlos Alberto da Mota Pinto, Cessão da posição contratual, reimp. de 1982, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 99 e ss.

⁴¹⁷ Cfr. Inocêncio Galvão Telles, Cessão do contrato, RFDUL VI, 1949, pp. 148-169; Dos Contratos em Geral, Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1945-1946, Coimbra Editora, Limitada, 1947, p. 315 e ss.; ao passo que, Vaz Serra, por sua vez, defendeu a inclusão deste instituto no actual CC.

⁴¹⁸ Cfr. Adriano Vaz Serra, Cessão da posição contratual, ob. cit., pp. 5-30.

Sob tal conteúdo, a cessão da posição contratual implica a existência de um contrato a estabelecer a transmissão da posição contratual, celebrado entre o cedente (contraente que transmite a sua posição) e o terceiro “cessionário” (pessoa que adquire a posição transmitida). Constitui ainda requisito legal o consentimento do outro contraente. Este pode ser dado antes ou depois da cessão. Por sua vez, determina o n.º 2 do art.º 424º: “*Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento*”⁴¹⁹. Como tal, o consentimento do outro contraente constitui assim requisito constitutivo do negócio da cessão da posição contratual, pelo que este não poderá ser concluído enquanto não se verificar o consentimento⁴²⁰.

O último requisito da cessão da posição contratual é a inclusão da referida posição contratual no âmbito dos contratos com prestações recíprocas. À semelhança do que o ocorre no art.º 1406º do *codice*, o art.º 424º parece restringir o âmbito da cessão da posição contratual aos contratos com prestações recíprocas, isto é, aos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, já que tratando-se de contratos unilaterais não se pode falar em cessão da posição contratual, mas antes numa cessão de créditos ou assunção de dívidas. Contudo, esta é a posição da doutrina maioritária⁴²¹. Porém, tal posição foi objecto de crítica de Mota Pinto⁴²², Menezes Cordeiro⁴²³ e Menezes Leitão⁴²⁴. Para estes autores, pelo contrato não nascem apenas créditos e dívidas, mas antes uma situação complexa na qual coexistem além dos créditos e débitos, direitos potestativos e deveres acessórios. Assim, num contrato com prestações recíprocas em que já uma delas tenha sido realizada, ainda teria interesse a cessão da posição contratual, uma vez que não se ficava na transmissão, apenas um débito ou um crédito, mas sim em toda uma situação variada, apenas expurgada de uma prestação.

⁴¹⁹ Ao contrário da cessão de créditos em que a notificação ao devedor serve apenas para tornar o negócio eficaz em relação a este (art.º 583º), parece-nos que o n.º 2 do art.º 424º indica que mesmo existindo um consentimento prévio da cessão da posição contratual, a cessão apenas produz efeitos, mesmo entre as partes, após a notificação ou reconhecimento pelo cedido, que pode ser um consentimento tácito. Veja-se, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 424º, pp. 400-401; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 834-835.

⁴²⁰ Veja-se Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II¹¹, 2017, pp. 81 e ss.

⁴²¹ Inocêncio Galvão Telles, *Cessão do contrato*, RFDUL VI, ob. cit., pp. 148-149, nota 2; Vaz Serra, *Cessão da posição contratual*, BMJ 49, ob. cit., p. 10; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, ob. cit., p. 385 e nota 2; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 833-834; Jorge Ribeiro Faria, *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina 1990, p. 628.

⁴²² Cfr., Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, ob. cit., p. 437 ss.

⁴²³ Veja-se, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 635.

⁴²⁴ Cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. II¹¹, ob. cit., pp. 84-85.

Assim, somos também do entendimento, ao contrário do que o CC parece indicar, não existirem razões para restringir a cessão da posição contratual aos contratos bilaterais ainda não executados, sendo admissível nos contratos unilaterais ou contratos bilaterais já executados por uma das partes⁴²⁵.

Do exposto decorre que neste instituto, intervêm dois contratos distintos: o contrato inicial (celebrado entre o cedente e o cedido, que resulta num conjunto direitos e deveres que constitui objecto da cessão) e o contrato onde se realiza a transmissão de uma das posições derivadas do contrato principal (doação, venda, dação em cumprimento)⁴²⁶. Nestes termos, o regime jurídico da cessão pode variar no que respeita à forma, à capacidade, à falta ou vícios da vontade e às relações entre as partes, pois são aplicáveis as disposições do tipo de negócio que serve de base à cessão (art.º 425º do CC)⁴²⁷.

A par disso, a cessão da posição contratual, como evento trilateral, produz efeitos em relação aos três intervenientes: o cedente, o cessionário e o contraente cedido⁴²⁸. Em princípio, a transmissão da posição contratual produz a exoneração dos vínculos anteriormente existentes entre cedente e cedido, neste caso incluídos no contrato transmitido. No entanto, muito embora a liberação do cedente seja o efeito normal da cessão, existe a possibilidade de as partes, valendo-se do princípio da autonomia provada, estipularem que o cedente não se libera totalmente, continuando a responder na qualidade de fiador, para garantia do cumprimento das obrigações contratuais do cedido (n.º 2 do art.º 426º)⁴²⁹. Esta manutenção da responsabilidade do cedente pode ocorrer por razões de segurança ou por cautela do cedido, no cumprimento da contraprestação. Deste modo, quando houver dúvida sobre o tipo de garantia pessoal prestada pelas partes, como será o caso; e quando se declarar vagamente que o «cedente garante o crédito», a garantia revestirá a forma de fiança. Porém, quando o cedente

⁴²⁵ Veja-se neste sentido, Ac. da RL de 29 de Março de 2007; Ac. da RL de 10 de Setembro de 2009; Ac. da RL de 15 de Março de 2012.

⁴²⁶ Cfr., Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 833-834; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, ob. cit., p. 383 e ss.; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 633-634; Jorge Ribeiro Faria, *Direito das Obrigações*, vol. II, ob. cit., p. 621 e ss.

⁴²⁷ À semelhança do que ocorre na cessão de créditos, veja-se n.º 1 do art.º 578º do CC.

⁴²⁸ Cfr., Vaz Serra, *Cessão da posição contratual*, BMJ 49, ob. cit., p. 21; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, ob. cit., p. 358 e ss.; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IX, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 637.

⁴²⁹ Mesmo nesta situação em que a posição contratual transferiu-se para o cessionário, há uma exclusão do cedente da titularidade da relação contratual. O transmitente fica numa posição que nada tem a ver com a sua anterior posição de parte, respondendo subsidiariamente como garante. A posição de parte reserva-se agora ao cessionário do contrato.

declarar sem mais pormenores que «garante o cumprimento das obrigações», a garantia revestirá a forma de responsabilidade subsidiária, na qual basta que o devedor principal não cumpra tempestivamente as suas obrigações para obrigar o cedente a cumpri-las, independentemente de se ter executido ou não o património do cessionário⁴³⁰. Pese embora entendimento contrário, somos favoráveis a subsidiariedade da responsabilidade do cedente na hipótese de não ocorrer a sua liberação. Isto porque a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes⁴³¹. A qualificação nestes termos parece ser a que mais se ajusta ao intento das partes, na qual se poderá fazer valer contra o cedido as excepções que competem ao cessionário (art.º 637º). Entretanto, pode ainda recorrer a outros meios de defesa, tais como a compensação com um crédito do cessionário sobre o cedido (art.º 642º). Claramente estas situações não teriam lugar se, as relações entre as partes, anote-se, estivessem sujeitas ao regime da solidariedade passiva. No entanto, cabe sublinhar que tudo depende da interpretação a dar à vontade das partes, livremente manifestadas.

Conclui-se assim, que a cessão da posição contratual implica a transmissão do cedente para o cessionário do conjunto de situações jurídicas que integravam a posição contratual transmitida à data da celebração do contrato. A ser assim, o cessionário torna-se o único titular, sendo perante ele que o contraente cedido deve exercer os seus direitos e cumprir as respectivas obrigações. Por outras palavras, o cedente abandona a relação contratual que passa a valer apenas entre o cessionário e o cedido.

Porém, ao contrário do que ocorre na cessão de créditos e na assunção de dívidas, o cessionário sucede ao cedente, não apenas no direito ou na obrigação principal, mas na inteira posição contratual, tal como esta se encontra configurada no momento da cessão. Por essa razão, estabelece o art.º 427º: *“A outra parte no contrato tem o direito de opor ao cessionário os meios de defesa provenientes desse contrato, mas não os que provenham de outras relações com o cedente, a não ser que os tenha*

⁴³⁰ Esta é posição mais defendida pela doutrina estrangeira e nacional, a qual abraçamos. Veja-se Franco Carresi, *La cessione del contratto*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 102; Marcello Andreoli, *La cessione del contratto*, Pavoda, Cedan, 1951, p. 59; Manuel García Amigo, *La cesion de contratos en el derecho español*, 1964, Madrid, p. 372; em Portugal, Vaz Serra, *Cessão da posição contratual*, BMJ 49, ob. cit., pp. 18-19, tendo proposto um dispositivo nesse sentido que não foi adoptado no CC de 19966. No entanto, Pires de Lima e Antunes Varela, citando Vaz Serra, fazem ver que de harmonia com o princípio da liberdade contratual nada obsta que a outra parte do contrato consinta na cessão, mas sem exonerar o cedente, antes mantendo a responsabilidade subsidiária deste. *Código Civil anotado*, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 424º, p. 402.

⁴³¹ Assim, são inúmeros no nosso CC os casos de solidariedade passiva legal, onde podemos enquadrar a figura da fiança (art.º 649º). Entre outros exemplos, a responsabilidade pelo risco (art.º 507º) e a assunção da dívida (n.º 2 do art.º 595º).

reservado ao consentir na cessão”. Ora, o regime supletivo consiste em ser apenas oponível ao cessionário os meios de defesa integrados na posição cedida ou que dela resultem; contudo, admite-se dentro do princípio da liberdade contratual que as partes convencionem em sentido contrário.

V – Chegados a este ponto, não se deixa de questionar qual o destino da fiança quando o credor originário cede a terceiro sua posição contratual?

Ora, a resposta não levanta dúvidas se vier clausulado no contrato de fiança a possibilidade de manutenção da garantia, mesmo ocorrendo modificações subjectivas no contrato principal. No entanto, a questão deixa de ser tão simples, quando o contrato de fiança se remeta ao silêncio quanto a este aspecto.

Para Mota Pinto: *“As garantias estipuladas para segurança das obrigações integradas na relação contratual transferida estão sujeitas, no concernente ao problema da sua manutenção ou extinção, à aplicação analógica do regime estabelecido em sede da assunção da dívida (art.º 599º, n.º 2). As garantias (fiança, hipoteca, penhor) prestadas por terceiro exigem para a sua manutenção o consentimento de quem as prestou”*⁴³². Afirma ainda o mesmo autor, que se mantêm as garantias prestadas pelo cedente ou pelo cessionário, salvo acordo em contrário⁴³³.

No mesmo sentido, Menezes Leitão afirma: *“Relativamente às garantias das obrigações de que o contraente cedido é titular, parece que se deverá aplicar analogicamente o regime do art. 599º, relativo à assunção da dívida. Assim, parece que as garantias se manterão se tiverem sido prestadas pelo cedente ou pelo cessionário, salvo se o contraente cedido consentir na sua extinção*”. No tocante ao cessionário, defende o mesmo autor, que não deve a cessão da posição contratual implicar automaticamente a extinção das garantias que este tinha constituído quando a obrigação lhe era alheia. Em relação ao cedente, este tem de consentir na cessão nos termos do n.º 2 do art.º 599º. Porém, tratando-se de garantias prestadas por terceiro (fiança, penhor, hipoteca), em regra extinguem-se com a transmissão; a não ser que o terceiro tenha consentido à transmissão na posição contratual⁴³⁴.

⁴³² Cfr., Carlos Alberto da Mota Pinto, Cessão da posição contratual, ob. cit., pp. 489-490.

⁴³³ Cfr., Carlos Alberto da Mota Pinto, Cessão da posição contratual, ob. cit., pp. 489-490.

⁴³⁴ Menezes Leitão, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 92-93. No mesmo sentido, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 406; Ribeiro Faria, Direito das Obrigações, vol. II, ob. cit., p. 654.

Note-se, entretanto, que a maioria da jurisprudência portuguesa também defende a necessidade de se recorrer as regras da assunção de dívida para se resolver a questão da transmissão ou não das garantias. O Ac. da RP determina expressamente: “*Na cessão da posição contratual a manutenção das garantias prestadas por terceiro exigem o consentimento de quem as prestou, por aplicação analógica do artº 599º, nº2, do Cód. Civil*”⁴³⁵. O mesmo ocorre num Ac. da RL que estabelece: “*Tendo havido cessão da posição do beneficiário da garantia no contrato base, em que existem prestações recíprocas, é aplicável o regime da cessão da posição contratual e não o regime o regime da cessão de créditos, pelo que, não se tendo verificado a intervenção do garante nessa cessão e por força do artigo 599º nº2 do CC, aplicável analogicamente, não é transmitida a garantia para o cessionário, não se aplicando o disposto no artigo 582º do mesmo código, relativo à cessão de créditos*”⁴³⁶. Com a mesma fundamentação, um Ac. do STJ, apoiado em Mota Pinto, defende a aplicação por analogia do regime estabelecido no n.º 2 do art.º 599º para se determinar a manutenção ou extinção das garantias, pelo que determina: “*as garantias estipuladas para segurança das obrigações integradas na relação contratual transferida estão sujeitas, no concernente ao problema da sua manutenção ou extinção, à aplicação analógica do regime estabelecido em sede de assunção de dívida (art. 599.º, nº 2 do CC)*”⁴³⁷.

No mesmo sentido, parece enveredar a doutrina brasileira⁴³⁸ ao fazer remissão para as regras da assunção de dívida no tocante a transmissão das garantias (arts. 299º a

⁴³⁵ Ac. da RP, de 10 de Dezembro de 2013, n.º RP201312106180/12.5YYPR-T-A.P1, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 29 de Julho de 2017.

⁴³⁶ Ac. da RL, de 17 de Maio de 2012, n.º 49107/06.8YYLSB-A.L1-6, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 29 de Julho de 2017.

⁴³⁷ Veja-se Ac. do STJ de 23 de Junho de 2016, n.º 414/14.9TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 29 de Julho de 2017.

⁴³⁸ É oportuno acentuar que a cessão da posição contratual não se encontra regulada de forma expressa no CCB; porém é admitida por força do princípio da liberdade contratual, previsto no art.º 425º do CCB, na qual determina: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”. Isto significa que o CC de 2002 manteve a posição do CC de 1916 e não regulou a cessão da posição contratual como figura autónoma. No entanto, a cessão da posição contratual é prevista em inúmeros dispositivos da legislação especial, tais como na legislação afecta aos contratos de financiamento habitacional e de locação. A Lei n.º 8.004/1990 dispõe sobre a transmissão do financiamento no âmbito do sistema financeiro de habitação, enquanto a Lei 8.245/1991, expressamente regula a cessação da posição do contrato de locação. Contudo, não existe consenso quanto à terminologia do instituto. É comum a alusão da figura utilizando-se a terminologia “*transferência do contrato*”, conforme previsão do art.º 785º do CC, na qual faz ver: “*Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com alienação ou cessão do interesse segurado*”. Porém, a doutrina majoritária influenciada pela legislação portuguesa tende a utilizar a denominação cessão da posição contratual. Neste sentido, António da Silva Cabral, Cessão da Posição Contratual, in Revista de direito civil, n.º 48; Hamid Charaf Bdine Júnior, Cessão da posição contratual, Col. Prof. Agostinho Alvim, São Paulo, Saraiva, 2008. Outros autores, talvez por influência do direito italiano, preferem a designação “*cessão do contrato*”. Veja-se, neste sentido, Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de Direito Civil,

303º do CC). Nestes termos, afirma a mesma doutrina que ocorrendo a cessão da posição contratual, as garantias do cedente prestadas ao cedido no contrato originário, extinguem-se com a transmissão, salvo estipulação em contrário, conforme dispõe o art.º 300º do CC. Nele se estipula: “*Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor*”⁴³⁹. Assim, no caso das garantias dadas por terceiro, como a fiança, prestadas necessariamente em atenção à pessoa do devedor, é imprescindível a concordância do terceiro que houver prestado a garantia⁴⁴⁰.

No entanto Januário da Costa Gomes discorda que a manutenção ou extinção das garantias com a cessão da posição contratual se justifique com base no regime estabelecido para a assunção de dívida. No ponto de vista deste autor, estando o fiador vinculado com o credor primitivo, a modificação da posição subjectiva corresponde a nível do negócio de fiança, a uma cessão da posição contratual na relação fidejussória, sujeito assim, à regra geral do art.º 424º do CC. Mas, não deixara de fazer sentido a aplicação do regime estabelecido no art.º 582º para a mera cessão de créditos. Nestes termos, afirma o autor “*não sendo de presumir o carácter intuitu personae da fiança relativamente à pessoa do credor quando se trate de cessão de créditos, não há razão para formular uma conclusão diferente quando se trate de estrita cessão do elemento da relação contratual corporizada no crédito, mas da complexa posição contratual*”⁴⁴¹. Por outro lado, nega este autor que problema da extensão ou extinção das garantias, aquando da transmissão da posição contratual, se resolva com a aplicação por analogia do regime da assunção de dívida (n.º 2 do art.º 599º), pois para o mesmo autor “*qualquer que seja o âmbito da negociação – um mero crédito ou a complexa posição contratual – não se pode perder de vista que a fiança garante sempre e necessariamente direitos de crédito. Ora, na medida em que o(s) direito(s) de crédito garantido(s) esteja integrado (isolada ou acompanhadamente) na negociação, é de*

vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2016; Orlando Gomes, Contratos, Actualizado por António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Creszenso Marino, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 180; Carlos Roberto Gonçalves, Direito civil brasileiro, vol. II⁸, Teoria geral das obrigações, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 561.

⁴³⁹ O art.º 300º do CCB não se pronuncia sobre os acessórios da dívida. No projecto de lei foi proposto a alteração deste dispositivo pelo deputado Ricardo Fiuza, na qual sugeriu a seguinte redacção: “*Com a assunção da dívida transmitem-se ao novo devedor, todas as garantias e acessórios do débito, com exceção das garantias especiais originariamente dadas ao credor pelo primitivo devedor e inseparáveis da pessoa deste*”. Parágrafo único: “*As garantias do crédito que tiverem sido prestadas por terceiro só subsistirão com o assentimento deste*”. Cfr., PL n.º 6.920/2002.

⁴⁴⁰ Veja-se neste sentido, Orlando Gomes, Contratos, ob. cit., p. 180.

⁴⁴¹ Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 781.

*aplicar o regime do art.º 582/1. Não se trata, então, de aplicação analógica ou sequer extensiva, mas directa*⁴⁴².

Do exposto, somos de acolher a posição adoptada por Januário da Costa Gomes, pois independentemente de se estar a negociar a cessão de um crédito ou a cessão da posição contratual, temos sempre de considerar que a fiança garante sempre a satisfação de direitos de créditos (n.º 1 do art.º 628º). Portanto, estando esses direitos de créditos envolvidos na negociação, nada mais certo que se aplique o regime da cessão de créditos, ao invés do da assunção de dívidas. A ser assim, aplicar-se-á o previsto no n.º 1 do art.º 582º do CC, mantendo-se, em termos normais, o princípio segundo a qual na falta de convenção em contrário, a cessão da posição contratual importa a transmissão a terceiro das garantias e outros acessórios do direito transmitido, desde que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente. Aqui mais uma vez se reafirma o velho princípio *accessorium sequitur principale*. *A contrario sensu*, a transmissão não se verifica quando não seja inseparável da pessoa cedente; ou se tenha convencionado no contrato de garantia extinção da fiança, na eventualidade de ocorrerem modificações subjectivas no contrato principal.

Além do acima referido, importa ainda sublinhar que o nosso CC nada dispõe acerca da sorte da fiança em caso de morte do credor. No mesmo sentido, o CCE não contém nenhum preceito que regule a morte do credor afiançado. No entanto, defende a doutrina que, regra geral, as obrigações não se extinguem com a morte de nenhum dos sujeitos do vínculo, pois que este se transmite aos seus herdeiros. Assim, se o credor morre o direito de crédito se transmite aos seus sucessores. Porém, se o contrato de fiança se encontra celebrado *intuitu personae*, a morte do credor extingue a obrigação fidejussória, ou seja, extingue-se a fiança com a morte do credor afiançado e não se transmite aos seus herdeiros porque a fiança celebrou-se em consideração à pessoa do credor⁴⁴³.

Por sua vez, o CCB também não contém nenhum dispositivo que regule expressamente a morte do credor afiançado. Porém, ainda na vigência do CCB de 1916, alguma doutrina brasileira se pronunciou sobre a questão e chegou mesmo a defender

⁴⁴² Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 781-782.

⁴⁴³ Veja-se Joaquín Jose Rams Albesa, El beneficio de inventario: Una incoherencia del sistema? Veja-se, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. IV, 2002, p. 5470; Lacruz Berdejo e Rebullida Sancho, Elementos de Derecho civil V, Derecho de sucesiones, 5ª ed., Barcelona, 1993, p. 84; Albaladejo García, Curso de Derecho Civil, T. V, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 113.

que a morte do credor não extingua o contrato de fiança⁴⁴⁴. Na doutrina actual, pouco ou nada se disse sobre a questão; porém Sílvio de Salvo Venosa, defende a extinção do contrato de fiança com a morte do afiançado, tendo em consideração que o contrato de fiança é *intuitu personae*. Nestes termos, o fiador não pode ser responsabilizado por débitos contraídos após o decesso do credor⁴⁴⁵. Todavia, ao contrário do que acontece na doutrina, os tribunais brasileiros debruçam-se muito sobre a questão da morte do credor. Com efeito, colhe-se hoje de um Ac. do Superior Tribunal de Justiça brasileiro a posição que o contrato de fiança, por ser *intuitu personae*, extingue-se com a morte do afiançado, não podendo o garante ser responsabilizado por obrigações contraídas após o óbito do credor. Em síntese defende o STJ que: “A fiança é um contrato mediante o qual uma parte (fiador) assume com outra, credor de uma determinada obrigação de terceiro (afiançado), a garantia de por ela responder caso aquele não venha a adimpli-la. No entanto, o mais importante é observar que, segundo dispõe o artigo 819º do Código Civil brasileiro de 2002, não se admite interpretação extensiva. Diante da impossibilidade de se interpretar extensivamente, tem-se que, em razão de ser *intuitu personae*, no caso de morte do credor afiançado, exonera-se o fiador. Isto porque o fiador somente se obriga a garantir a dívida assumida pela pessoa afiançada; ocorrendo a morte desta, o contrato de fiança fica extinto. Destarte, o fiador não pode ser obrigado a permanecer como garantidor de uma pessoa que não possui qualquer vínculo de confiança, ou que talvez nem conheça”⁴⁴⁶. No mesmo sentido, o Ac. do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu: “Se tratando de contrato de fiança, por ser esta uma obrigação de carácter personalíssimo, ocorrendo a morte do afiançado, a extinção da fiança é medida que se impõe. Desse modo, sobrevindo a extinção da fiança, o fiador responde tão somente pelos débitos anteriores à data do óbito, estando exonerado, por conseguinte, daquelas obrigações assumidas posteriormente”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Veja-se Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 300.

⁴⁴⁵ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. III, ob. cit., p. 417.

⁴⁴⁶ Ac. do STJ n. 2006.013976-3, publicado em DJSC Electrónico, n. 117, edição de 19.12.2006, p. 30.

⁴⁴⁷ Cfr. Ac. do TJ – MG de 10 de Junho de 2014, Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, a. 65, nº 209, p. 45-238, Abr./Jun. 2014, pp. 106-107. No mesmo sentido, Ac. do TJ-RS n.º 70066485376, publicado no Diário da Justiça de 24 de Fevereiro de 2016, decidiu: “Com o falecimento da afiançada, cessa a obrigação da fiadora. Responsabilidade da garantidora da obrigação até o evento morte, exonerando-se, por consequência, a partir daí”; disponível em www.jusbrasil.com.br, visualizado em 07 de Julho de 2017.

Entre nós, a doutrina pouco ou nada se pronunciou sobre a questão, salvo Januário da Costa Gomes, que sobre a questão defendeu: “Assim, a circunstância de morrer o credor não permite ao fiador libertar-se da garantia prestada, a não ser, naturalmente, que essa possibilidade resulte dos termos de vinculação fidejussória. Se for possível interpretar a prestação de fiança como *intuitu personae*, relativamente à pessoa do credor, o caso será de caducidade nos termos gerais. Se assim não for e subsistindo a obrigação principal (art. 651), a fiança mantém-se. É esta solução, aliás, perfeitamente coerente com o regime do art.º 582/1, do qual resulta a subsistência da fiança, apesar da modificação subjectiva operada por negócio *inter vivos* na posição do credor”⁴⁴⁸. Acolhemos plenamente a posição defendida por este autor, porquanto assumindo a fiança carácter de negócio de risco, nada impede que possa ser convencionado no momento da constituição do vínculo fidejussório que a modificação subjectiva da posição do credor não extingue a garantia ou vice-versa. Todavia, equacionando-se a hipótese de isso não estar determinado no contrato, reconhecido este como *intuitu personae* relativamente ao credor, o âmbito deste último implica a caducidade da fiança. Caso assim não o seja, e mantendo-se a obrigação principal intacta apesar da morte do credor, também se mantém a garantia pessoal em homenagem ao velho adágio por nós já conhecido *accessorium sequitur principale*, situação que melhor se ajusta ao previsto no n.º 1 do art.º 582º do CC, relativo a transmissão de garantias na cessão do crédito.

4. Modificação subjectiva da posição do devedor

Aqui chegados, é momento de equacionar o problema referente a modificação subjectiva da posição do devedor por negócios *inter vivos* e *mortis causa*. A respeito do primeiro, antecipe-se já, constitui questão na qual nos debruçaremos em sede da transmissão singular de dívida, corresponde a assunção de dívida.

4.1. Alteração da posição jurídica do devedor por negócios *inter vivos*

I - A assunção de dívidas não é tão frequente quanto a cessão de crédito, porém não constitui uma via económica de menor valor, pois auxilia na diminuição dos riscos do credor em situações de insolvência. Outras expressões têm sido utilizadas para

⁴⁴⁸ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 782.

traduzir esta figura, tais como cessão de dívida, sucessão singular na dívida, transporte de dívida, entre outras⁴⁴⁹. Porém, além da consagração legal, parece ser de consenso na doutrina nacional a adoção do vocábulo “*assunção*”⁴⁵⁰.

Pietro Rescigno aponta a existência de antecedentes históricos da assunção de dívidas em fins da Idade Média, com alguma evolução no Direito comum. Contudo, perante alguma resistência quanto à admissibilidade da transmissão de dívidas, tais manifestações precursoras não se fizeram acompanhar de formulações dotadas da devida densidade⁴⁵¹. Por consequência, somente com os estudos iniciais de Delbruck e Windscheid, pandectistas germânicos que reagiram contra o dogma da não transmissibilidade das obrigações, é que a assunção de dívida veio receber os seus arranjos estruturais mais bem definidos. Assim, o BGB disciplinou a assunção de dívida no seu § 414 a 419, na qual o primeiro preceito determina: “*Um débito pode ser assumido por um terceiro através de contrato com o credor, que coloque o terceiro na posição do devedor procedente*”⁴⁵². Determina também o BGB no § 418: “*quando o débito transmitido se apresentar garantido por fiança, esta se extingue, podendo ser revivida por nova manifestação de vontade do fiador*”; o que se aplica igualmente às obrigações com garantias reais, de modo que a anuência do credor à cessão do débito resulta na renúncia a tais garantias⁴⁵³.

No tocante ao consentimento do credor, defende a doutrina alemã que este pode ser expresso ou tácito; sendo tácito quando resultar das circunstâncias, como por exemplo, no caso de se aceitar de terceiro o respectivo pagamento⁴⁵⁴.

O Código de Napoleão ignorou a figura da assunção de dívidas e não a disciplinou. Contudo, tal não obstou a que doutrina francesa, à luz dos princípios gerais, defendesse a possibilidade de se transmitir dívidas em razão das necessidades práticas. Porém, alguma doutrina francesa negou a admissibilidade da assunção de dívidas. Os irmãos Mazeaud rejeitaram a aplicação da figura e argumentaram que: “[...] *desconoce*

⁴⁴⁹ Cfr. Adriano Vaz Serra, Assunção de Dívida (Cessão de dívida – sucessão singular na dívida), BMJ 72, 1958, p. 189 e ss.

⁴⁵⁰ Veja-se, entre outros, veja-se, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 595º, p. 610 e ss.; Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 828 e ss.; António de Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 621 e ss.

⁴⁵¹ Veja-se, Pietro Rescigno, Novissimo digesto italiano I/1, coord. Accollo 1957, p.140-144.

⁴⁵² Veja-se, Ludwig Enneccerus, Derecho de obligaciones, vol. I, ob. cit., p. 411.

⁴⁵³ Cfr., Ludwig Enneccerus, Derecho de obligaciones, vol. I, p. 411.

⁴⁵⁴ Veja-se, Ludwig Enneccerus, Derecho de obligaciones, vol. I, p. 411.

no sólo los derechos del acreedor, sino también los de los fiadores, personales e reales, y de los coobligados solidarios; todos ellos se habían comprometido a garantizar el cumplimiento o a pagar con el deudor en consideración de su persona; sería inadmisibles que, sin acuerdo con ellos, se encontraran obligados por o con un nuevo deudor al que no conocieran”⁴⁵⁵. Em sentido contrário, Colín e Capitant afirmaram: “[...] *lo más importante en la obligación, salvo en ciertas obligaciones de hacer, es, no tanto la persona del autor de la prestación como el resultado del esta*”⁴⁵⁶. Argumentaram ainda estes autores, que existem situações nas quais seria vantajoso que o devedor pudesse ser substituído por um obrigado que assumisse perante o credor a carga das suas obrigações, de maneira a permitir que o devedor originário se libertasse da dívida⁴⁵⁷. Por sua vez, Josserand salientou que o silêncio do *code* não significa proibição da adoção prática da figura da assunção de dívida, uma vez que o princípio da autonomia privada confere guarida a este instituto. Acresce ainda o mesmo autor: “*se puede vivir sin una transferencia de deudas científica y generalmente establecida, como institución jurídica clasificada y catalogada*”⁴⁵⁸.

Na doutrina italiana, Ruggiero afirma: “[...] *é mérito da doutrina civilista alemã ter elaborado a construção do instituto*”; contudo esta figura da assunção de dívidas não é estranha à legislação civil italiana⁴⁵⁹, onde o Código Italiano de 1942, fortemente influenciado pelo BGB, regulou nos arts. 1273º a 1276º a figura da assunção de dívidas. No mesmo sentido, Domenico Barbero considera não existir qualquer obstáculo do ponto de vista estrutural que impossibilite dado sujeito de substituir outro na qualidade de responsável pelo adimplemento de uma obrigação⁴⁶⁰. Desta feita, resulta que no Direito italiano a transmissão de dívidas pode operar de três formas⁴⁶¹: a) *accollo privativo* ou *liberatório*, verdadeira sucessão a título singular, com efeito liberatório,

⁴⁵⁵ Veja-se, Henry Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, Lecciones de derecho civil: Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones. Trad. Luis Alacalá Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1978, vol. III, t. II, p. 520 e ss.

⁴⁵⁶ Ambrosio Colin e Henry Capitant, Curso elemental de derecho civil, ob. cit., p. 364.

⁴⁵⁷ Ambrosio Colin e Henry Capitant, Curso elemental de derecho civil, ob. cit., pp. 364-365.

⁴⁵⁸ Louis Josserand, Derecho civil, teoría general de las obligaciones, t. II, vol. I, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Bosch y Cia Editores, 1950, pp. 658-670.

⁴⁵⁹ Veja-se, Roberto de Ruggiero, Instituições de direito civil, Direito das obrigações e direito hereditário. Campinas: Bookseller, vol. III, 1999, p. 253.

⁴⁶⁰ Veja-se, Domenico Barbero, Sistema del derecho privado, Obligaciones. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, vol. III, 1967, p. 264; Emilio Betti, Teoria generale delle obbligazioni, vol. III, p. 84 e ss.

⁴⁶¹ Cfr., Domenico Barbero, Sistema del derecho privado, ob. cit., p. 269.

através do qual o devedor transmite a terceiro o seu débito, com adesão do credor (art.º 1273º: “*Se il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell'altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore. L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo*”); b) a *delegazione*, mecanismo através do qual o devedor indica ao credor um novo devedor que se obriga perante ele, ficando o primeiro devedor liberado com o acordo do credor (art.º 1268º “*Se il debitore assegna al creditore un nuovo debitore, il quale si obbliga verso il creditore, il debitore originario non è liberato dalla sua obbligazione, salvo che il creditore dichiari espressamente di liberarlo*”); c) a *espromissione*; uma modalidade através da qual dado terceiro, sem delegação do devedor, assume perante o credor o débito do devedor originário, ficando ambos obrigados solidariamente, na eventualidade do credor não liberar expressamente o devedor primário (art.º 1272º: “*Il terzo che, senza delegazione del debitore, ne assume verso il creditore il debito, è obbligato in solido col debitore originario, se il creditore non dichiara espressamente di liberare quest'ultimo*”).

Assim, no Direito italiano exige-se o consentimento do credor para se concretizar a transmissão singular da dívida por acto *inter vivos*. Por ser assim, caracteriza-se a adesão do credor como um negócio unilateral receptício que não integra a estipulação realizada entre devedor e terceiro, e que o faz irrevogável quanto àquele, desde que não possua vícios. Quanto à liberação do devedor originário, este constitui um efeito directo da adesão do credor ao contrato pactuado entre devedor e terceiro, conforme prescreve o art.º 1274º ⁴⁶².

Por outro lado, determina o art.º 1275º do *codice*: “*In tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito, se colui che le ha prestate nonconsente espressamente a mantenerle*”; ou seja, em todos os casos em que o credor libera o devedor originário, as garantias associadas ao crédito extinguem-se se a pessoa que as presta não permite expressamente a sua manutenção. Além das garantias prestadas por terceiro, as que tenham sido prestadas como *plus* pelo próprio devedor primitivo se extinguem com a sua libertação⁴⁶³.

⁴⁶² Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, v. III, A. Giuffrè, 1963, p. 275.

⁴⁶³ Cfr., Luigi Tramontano, *Codice Civile, leggi complementari, annotato con la giurisprudenza*, 2007, p. 1274.

O CCB de 2002 para por fim as celeumas doutrinárias sobre a admissibilidade no seu ordenamento da figura da assunção de dívida, procurou disciplinar de modo expresso nos arts. 299º a 303º a figura da assunção de dívida.

Durante a vigência do CCB de 1916 discutiu-se fortemente a admissibilidade da assunção ante a falta de previsão naquele código. Com efeito, a doutrina brasileira tradicional de origem romanista, sempre negou a possibilidade de substituição a título singular do devedor, sem que se extinguisse o vínculo obrigacional. No entanto, esta posição foi contrariada, e ainda na vigência do CCB de 1916, a doutrina considerou que mesmo sem previsão legal era permitida a assunção de dívida⁴⁶⁴. Para tanto, dizia Orlando Gomes: *“No Direito pátrio, é admissível, assim, a sucessão no débito pelas normas previstas em outras legislações. Não convence a opinião de que a substituição do devedor na relação obrigacional somente se possa efectuar mediante novação”*⁴⁶⁵, acresce o mesmo autor: *“A liberdade de contratar é reconhecida e assegurada com limitações que se restringem praticamente à intangibilidade da ordem pública e dos bons costumes. Consequentemente, não há obstáculo legal à livre pactuação de negócio que tenha por fim a sucessão singular na dívida, sem novação. A matéria, como admite o próprio De Gasparelei, é eminentemente privada. Basta, pois, que as partes, ao estipularem uma delegação ou expromissão, regulem seus efeitos de modo a retirar do negócio qualquer sentido novatório. Não há, portanto, incompatibilidade sob esse aspecto, nem sob o técnico”*⁴⁶⁶. No mesmo sentido, Caio Mário Pereira da Silva afirmou: *“O fato de não haver o nosso Direito positivo cogitado da disciplina da cessão do débito e dos direitos alemão e suíço haverem-no feito, não se segue que ali ela é possível e aqui não é, pois, como acentua De Page, são duas coisas distintas a sua regulamentação legal e a sua compatibilidade com os princípios vigentes: se falta, entre nós, regra legal admitindo-a, nada impede a sua adoção, e nenhuma conclusão impera no sentido de sua repulsa”*⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Sílvio da Salvo Venosa, Direito Civil, Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, ob. cit., p. 339.

⁴⁶⁵ Orlando Gomes, Obrigações, 17ª edição revista, actualizada e aumentada, Rio de Janeiro, 2008, p. 276.

⁴⁶⁶ Orlando Gomes, Obrigações, ob. cit., p. 276; Arnoldo Wald, Curso de direito civil brasileiro, Obrigações e contratos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 180.

⁴⁶⁷ Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, vol. II, ob. cit., p. 239. À vista do posicionamento deste doutrinário, o seu Anteprojeto do Código de Obrigações (1963) acabou por sistematizar a assunção de dívida, caracterizando-a como “negócio jurídico por via do qual um terceiro, com anuência do credor, assume a obrigação do devedor”. Veja-se, Instituições de direito civil, ob. cit., p. 239.

Assim, determina o art.º 299º do CCB: “*É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor ignorava*”; acresce o parágrafo único deste preceito: “*Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa*”. Para Pontes de Miranda, um dos requisitos da assunção de dívida é a obrigatoriedade da adesão do credor ao contrato pactuado entre devedor e terceiro ou o seu assentimento na negociação com o assuntor⁴⁶⁸. Neste contexto, pode extrair-se do teor do art.º 299º que na ausência da manifestação expressa da vontade do credor, mesmo que lhe seja concedido prazo, inexistente transmissão do pólo passivo da relação obrigacional, especialmente porque a pessoa do devedor é da maior relevância ao credor, logicamente em razão da solvabilidade do mesmo⁴⁶⁹. O art.º 299º exige assim que a aceitação do credor seja expressa, não se admitindo, em regra, a aceitação tácita, que ocorre, como observa Orlando Gomes: “[...] *quando o credor, sem reserva de espécie alguma, recebe parte da dívida ou consente a prática de outro ato que faça supor ter o terceiro a qualidade de devedor*”⁴⁷⁰. Exceptuando a regra geral de que o consentimento do credor há de ser expresso, admite a hipótese de concordância tácita do credor hipotecário que, notificado da assunção, não impugna no prazo de trinta dias⁴⁷¹.

A mais disso, a doutrina brasileira defende ainda que a assunção de dívida pode ocorrer através de duas formas distintas: a) a forma de expropriação, caracterizada pelo contrato entre credor e um terceiro, que assume a posição de novo devedor, sem necessidade do comparecimento do antigo devedor; b) a forma de delegação, caracterizada pelo acordo entre o devedor originário e o terceiro que vai assumir a dívida, cuja validade depende da aquiescência do credor. Porém, nas duas modalidades pode ocorrer o efeito liberatório ou cumulativo⁴⁷². Na primeira ocorre a liberação do

⁴⁶⁸ Cfr., Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, parte especial, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, t. XXIII, pp. 256.

⁴⁶⁹ Cfr., Sílvio Rodrigues, Direito civil. Parte geral das obrigações, vol. II, 30ª ed. 2007, Saraiva, p. 104.

⁴⁷⁰ Cfr. Orlando Gomes, Obrigações, ob. cit., p. 265. Retirou-se assim, a possibilidade de consentimento tácito doutrinariamente defendido por Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, ob. cit., pp. 383-384; no mesmo sentido, Barbosa Moreira, Assunção de dívida: a primazia do código de processo civil, in Revista Forense, n.º 367, 2003, p. 384.

⁴⁷¹ Determina o art.º 303º: “*O adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado assentimento*”.

⁴⁷² Veja-se, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Da assunção de dívida e a sua estrutura negocial, 2ª ed., Liber Juris RJ, 1998, p. 306.

antigo devedor; ao passo que na segunda ocorre o ingresso do terceiro no pólo passivo da obrigação, sem que haja a liberação do antigo devedor, que permanece na relação com o liame de solidariedade com o novo devedor⁴⁷³.

Estabelece ainda o art.º 300º do CCB: “*Salvo assentimento expresso do devedor primário, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor*”.

II - Ora, diante de tal consagração, questiona-se então qual alcance deste preceito e se abrange as garantias reais e pessoais.

Quanto a isso, a doutrina brasileira foi unânime em considerar que o CCB limitou-se a regular a modalidade bifigurativa da assunção de dívida no art.º 299º, pelo que nos artigos subsequentes, se adopta disciplina confusa, que em diversos pontos parece afastar-se dos postulados e considerados próprios de uma modalidade de transmissão da posição debitória, exigindo ao intérprete um esforço de reconstrução, como acontece com as garantias prestadas por terceiro, quando se verificar a falta de uma disposição mais clara acerca do seu destino⁴⁷⁴. Por essa razão, o art.º 300º do CCB foi objecto de discussão entre os civilistas brasileiros reunidos na IV Jornada de Direito Civil; entre outras questões, esclareceram o alcance e conteúdo deste preceito.

Nestes termos, começaram por determinar que as garantias especiais são aquelas que não são da essência da dívida; sendo elas oferecidas pelo devedor como um *plus* de sua parte. Por essa razão, não se confundem com as garantias reais prestadas pelo próprio devedor que não são especiais e, portanto, em regra persistem⁴⁷⁵. Assim, as garantias prestadas por terceiros que não o devedor, sejam elas pessoais (fiança e aval) ou reais (hipoteca e penhor), extinguem-se com a assunção da dívida. Isso porque a garantia prestada por terceiro certamente considera o devedor originário; pelo que a mudança pode significar um património insuficiente para solver as dívidas. Desse modo, à semelhança do que ocorre na novação, sem a concordância expressa do

⁴⁷³ Cfr., Primeira Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de Setembro de 2002, em www.cjf.jus.br, visualizado em 02 de Julho de 2017.

⁴⁷⁴ Cfr., Ricardo Fiúza, Código Civil Comentado, coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva, 9ª ed., editora Saraiva, 2013, pp. 283-284.

⁴⁷⁵ Definição dada por Sílvio de Salvo Venosa, Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, ob. cit., p. 278.

terceiro, as garantias por ele prestadas se extinguem⁴⁷⁶. Com relação às garantias prestadas pelo próprio devedor, a melhor interpretação do dispositivo é que, em regra, estarão extintas, salvo consentimento em sentido contrário. Entender-se-ia o termo “*garantia especial*” como simplesmente qualquer garantia prestada pelo próprio devedor. Ora, se olharmos detidamente, verifica-se nesta situação que se segue a orientação do art.º 599º do CC português, na qual as obrigações acessórias são transferidas ao novo devedor (ex: pagamento de juros, de multa), salvo aquelas consideradas inseparáveis da pessoa do devedor primitivo (ex: entrega pessoal de certa coisa). Essa é a correcta interpretação do art.º 300º do CCB. Assinala-se, entretanto, que as garantias prestadas pelo devedor originário permanecem se ele concordou expressamente com a assunção de dívida. Quanto às demais garantias, quer tenham elas sido prestadas por terceiros (fiança, hipoteca), quer pelo antigo devedor que não assentiu na transmissão, consideram-se extintas com a assunção de débito. E, foi neste sentido que na IV Jornada de Direito Civil se aprovou o enunciado com o seguinte teor: “Art. 300 - *Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção de dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente são mantidas no caso em que este concorde com a assunção*”⁴⁷⁷.

O CS, à semelhança do Código Napoleão, não referia a assunção de dívidas. Por esta razão, questionou-se naquela altura a admissibilidade da transmissão de dívidas por negócio entre vivos, designadamente, a transmissão singular de dívida, pois parecia que a substituição do devedor importava sempre novação, ou seja, a extinção da dívida antiga e a criação de nova dívida. Neste contexto, apenas era indiscutível a possibilidade de transmissão de dívidas integradas em patrimónios que fossem atribuídos, em conjunto, a um novo titular, como acontece na sucessão *mortis causa*. No entanto, a doutrina nacional dominante já proclamava a possibilidade e excelência da transmissão de dívida por negócios entre vivos⁴⁷⁸. Na visão de Guilherme Moreira “[...] *é o conteúdo que constitui essencialmente a obrigação, podendo ser indiferente, para o devedor, a pessoa a quem ela aproveitará, e, para o credor, a pessoa que tenha de a*

⁴⁷⁶ Determina o art.º 364º do CC referente à matéria da novação: “A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, hipoteca ou a anticrise, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação”.

⁴⁷⁷ Veja-se sobre o assunto em www.cjf.jus.br, visualizado em 01 de Julho de 2017.

⁴⁷⁸ Veja-se, António Faria Carneiro Pacheco, Da sucessão singular nas dívidas, Coimbra, 1912, p. 83 e ss.; Pires de Lima e Antunes Varela, Noções Fundamentais, vol. I⁶, ob. cit., p. 424 e ss.;

cumprir, devendo consequentemente admitir-se, desde que o credor o consinta, a substituição do devedor, sem que essa substituição extinga o vínculo obrigatório preexistente, que pode, em virtude da mesma causa jurídica, constituir a subsistir com os seus acessórios”⁴⁷⁹.

Assim, Vaz Serra no seu Anteprojecto propôs a consagração autónoma da expropriação⁴⁸⁰, da delegação⁴⁸¹ e da assunção de dívida⁴⁸², à semelhança do que ocorre no *codice*. Todavia, esta tripartição não foi acolhida pelo nosso CC; apenas trata a assunção de dívida mais próxima do *accollo*. Porém, através do princípio da autonomia privada nada impede que ocorra a transmissão singular da dívida por meio de delegação ou expropriação, como veremos mais abaixo, sublinhando que elas carecem de *nomem iuris*⁴⁸³.

Nestes termos, nenhuma dificuldade houve para que o CC vigente regulamentasse de forma expressa a figura da assunção de dívida. Isso encontra-se disposto nos arts. 595º a 600º. Para Almeida Costa, a assunção de dívida consiste no acto pelo qual um terceiro (assuntor) se vincula perante o credor a efectuar a prestação devida por outrem. A ideia subjacente é a da transferência da dívida do antigo para o novo devedor, mantendo-se a relação obrigacional⁴⁸⁴; ou seja, opera-se uma mudança na pessoa do devedor, sem que ocorra alteração do conteúdo nem da identidade da obrigação.

Tendo isso em vista e para simplificar o nosso raciocínio, devemos referir que a transmissão singular de dívida⁴⁸⁵ pode ocorrer de três maneiras: a) para efeito de contrato celebrado entre o antigo e o novo devedor (assuntor), ratificado pelo credor; b) por via de contrato entre o novo devedor e o credor, com consentimento do antigo

⁴⁷⁹ Veja-se Guilherme Alves Moreira, Instituições do Direito Civil Português, II, ob. cit., p. 181.

⁴⁸⁰ Vaz Serra, Expropriação, BMJ, n.º 72, 1958, pp. 77-81.

⁴⁸¹ Vaz Serra, Delegação, BMJ, n.º 72, Janeiro de 1958, pp. 182-186.

⁴⁸² Vaz Serra, Assunção de dívida, ob. cit., pp. 249-255.

⁴⁸³ Cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 623.

⁴⁸⁴ Cfr. Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 828.

⁴⁸⁵ Esta figura assemelha-se, particularmente, a promessa de liberação de dívida, pois em ambas as situações uma pessoa se compromete a efectuar uma prestação devida por outrem. Contudo, a diferença entre elas resulta da circunstância de na promessa de liberação, o terceiro se obrigar apenas perante o devedor, não dispondo o credor do direito de exigir o cumprimento enquanto, na assunção de dívida a obrigação é contraída em face do credor, que adquire o direito de exigir do terceiro a realização da prestação devida.

devedor; c) mediante a assunção derivada de contrato entre o novo devedor e o credor, sem consentimento do antigo devedor. Os efeitos são contudo idênticos, conforme se passa a expor.

Na primeira hipótese a transmissão assenta num acordo entre o devedor e um terceiro, na qual este se obriga perante o primeiro a cumprir a obrigação; porém o contrato tem de ser ratificado pelo credor. No entanto nada obsta que a adesão ou ratificação do credor seja feita de forma tácita, tratando-se este o novo obrigado como devedor, pois a lei não exige uma ratificação expressa. Um exemplo: aqueles casos nos quais o credor aceita os juros do novo devedor⁴⁸⁶. Contudo, o credor tem de exonerar o primitivo devedor para que se opere uma autêntica transmissão da dívida. Caso contrário, estar-se-á diante de simples adesão à dívida, pois o devedor principal responde solidariamente com o novo devedor, nos termos do n.º 2 do art.º 595^{o487}, não se verificando nestas circunstâncias uma transmissão de dívida, mas somente a modificação do lado passivo da obrigação. Assim, pelo facto de se manter o devedor inicial nem se coloca o problema da modificação subjectiva da posição do devedor.

Na segunda modalidade enunciada, o terceiro assume perante o credor o pagamento de uma dívida alheia, situação que é consentida pelo devedor originário⁴⁸⁸. Nesto caso não se coloca a questão da ratificação do credor, uma vez ser este parte no contrato.

A última situação exposta, ocorre quando o terceiro, por iniciativa própria assume perante o credor o pagamento de dívida alheia, sem o consentimento do devedor originário⁴⁸⁹.

Pode-se ainda afirmar, conforme já mencionado, que o n.º 2 do art.º 595^o estabelece uma medida de protecção do credor, querendo este, na eventualidade de não exonerar expressamente o devedor originário, força que o antigo devedor responda solidariamente com o novo devedor. A isso se denomina assunção cumulativa, que na

⁴⁸⁶ Cfr. Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 830.

⁴⁸⁷ Esta modalidade corresponde ao *accollo* do Direito italiano; veja-se António de Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 624.

⁴⁸⁸ Esta variante constitui para alguns autores a figura da delegação, cujos efeitos, segundo a vontade das partes, pode consistir na transmissão da dívida, na simples junção de um novo devedor ao antigo, ou na extinção da dívida antiga pela constituição de nova dívida. Cfr., neste sentido, Vaz Serra, Delegação, BMJ, n.º 72, ob. cit., p. 97 e ss.

⁴⁸⁹ Estamos diante da figura da expropriação, que produzirá uma transmissão de dívida ou uma novação, conforme o terceiro fique constituído na obrigação antiga ou em obrigação nova. Cfr. Vaz Serra, Expropriação, ob. cit., p. 77 e ss.

prática é muitas vezes difícil de distinguir da fiança⁴⁹⁰. Para Menezes Cordeiro, na assunção nem se pode falar realmente de transmissão de quaisquer débitos, pois o devedor originário mantém-se vinculado e continua a responder pelo cumprimento da obrigação, e o novo devedor não é transmissário. Por consequência, aquele passa a responder também pela prestação, o que leva a concluir que em relação a ele se constituiu nova obrigação. Por essa razão, a assunção cumulativa entre os dois devedores desvia-se do regime geral da solidariedade⁴⁹¹, porquanto não existe direito de regresso contra o primitivo devedor, suscitando a hipótese da assunção não fazer qualquer sentido. Mas anote-se, as relações entre os dois devedores regulam-se com base no estabelecido no contrato de assunção⁴⁹².

Por via disso, se em qualquer uma das formas referidas o credor declarar expressamente que exonera o devedor, haverá substituição do sujeito passivo da relação obrigacional que passa a ser o novo devedor, embora isso não altere a relação. A ser assim, nestas situações está-se perante a verdadeira assunção liberatória ou privativa de dívida, modalidade que interessa ao nosso estudo, pois ocorre uma verdadeira transmissão do lado passivo da obrigação, com a liberação do devedor originário, sem que para tanto se altere a relação obrigacional. Como não custa compreender, está-se perante a assunção perfeita⁴⁹³.

Por outro lado, como consequência de se produzir uma simples transmissão do vínculo obrigacional pelo lado passivo, verifica-se que se transmitem para o novo devedor, salvo convenção em contrário, “*as obrigações acessórias*⁴⁹⁴ *do antigo devedor que não sejam inseparáveis da pessoa deste*” (n.º 1 do art.º 599º do CC). Nos mesmos termos, mantêm-se “*as garantias do crédito, com excepção das que tiverem sido constituídas por terceiro*⁴⁹⁵ *ou pelo antigo devedor, que não haja consentido na transmissão da dívida*” (n.º 2 do art.º 599º do CC). Aplica-se assim, um critério

⁴⁹⁰ Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷, pp. 373-374.

⁴⁹¹ António de Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 627-628.

⁴⁹² Cfr., Antunes Varela, Das obrigações em geral, vol. II⁷, pp. 373-374; no mesmo sentido, António de Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 627-628.

⁴⁹³ Expressão utilizada por Menezes Cordeiro. Por outro lado, aponta como assunção que não é perfeita aquela despida de determinado requisito, isto é, a invalidade da transmissão pela ausência de concordância do credor. Veja-se, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 626-627.

⁴⁹⁴ Indicam-se como obrigações acessórias, por exemplo, a obrigação de cumprir em certo local, de pagar certos juros.

⁴⁹⁵ Temos como exemplo a fiança.

semelhante ao do consenso do credor para a transmissão da dívida, pelo que não seria justo que o credor ao libertar o devedor, sujeitasse dado terceiro a garantir a solvabilidade de um novo devedor; ou então que se mantivessem as garantias prestadas pelo devedor que não consentiu na transmissão da dívida. Todavia, este preceito é supletivo, uma vez admitir-se que as partes podem convencionar o contrário.

III – Chegados a este ponto é altura de equacionar, qual o destino da fiança nas situações de assunção liberatória de dívida.

Pois bem, a questão não se mostra controversa face ao previsto no n.º 2 art.º 599º do CC. De facto, isso sucede porque o preceito determina que se mantêm nos mesmos termos as garantias que acompanham o crédito, apesar da mudança do devedor. Mas, indiscutivelmente quando as garantias são constituídas por terceiros, por exemplo a fiança, ou pelo antigo devedor que não haja consentido na transmissão, estas caducam⁴⁹⁶. Notoriamente, seria injusto não haver consentimento do fiador, uma vez que ao prestar a garantia tem sempre em consideração à pessoa do devedor, a solvabilidade do património deste, sendo por isso natural que não se queira responsabilizar um novo devedor, ao qual não consentiu na transmissão da dívida. Até porque se impõe a manutenção de uma relação de confiança entre os dois lados da operação fidejussória. Aliás, somos de considerar, em princípio, que só assim se justifica o contrato de fiança. Portanto, é natural que nestas situações se queira resguardar o fiador face ao possível agravamento da situação patrimonial do novo devedor.

No entanto, não se deixa de questionar se o fiador que consentiu na transmissão do débito, implicitamente aceitou manter a garantia fidejussória.

Em resposta a esta questão, Januário da Costa Gomes afirma que o consentimento, agora do lado do fiador, terá de ser específico em relação ao novo devedor. Isso sucede precisamente para que este no momento da prestação do mencionado assentimento esteja em condições de avaliar a solvabilidade da fortuna do assuntor. Só nestes termos é de admitir como válido um consentimento prévio por parte do garante, aquando da prestação da garantia⁴⁹⁷. Ora, levado em conta esse fim, merece inteiro apoio esta posição, não só face aos interesses daí resultantes, mas também

⁴⁹⁶ Cfr. Ac. do STJ de 20 de Março de 2003; Ac. do STJ de 23 de Setembro de 2009, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 7 de Dezembro de 2017.

⁴⁹⁷ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., p. 788.

porque a relação potencia a confiança se tiver como suporte a figura do credor bem identificada.

No entanto, aponta Januário da Costa Gomes que nas situações em que a fiança seja prestada por profissionais, a necessidade de um consentimento específico do fiador em relação ao novo devedor pode razoavelmente ser excepcionada, uma vez que o fiador só presta a garantia se obtiver contrapartidas do credor compensatórias do acréscimo do risco assumido⁴⁹⁸. Pelas razões expendidas, acolhemos esta posição, já que muitas das vezes a fiança é prestada *intuitu personae*, com o objectivo de auxiliar um amigo ou um parente a obter um crédito, sem receber qualquer contrapartida. Por essa razão, não se mostra razoável que ocorra a mudança da pessoa do devedor e se mantenha o fiador vinculado sem o seu consentimento específico em relação aquele novo devedor. Ao passo que, tratando-se de fiança prestada por profissionais, dentro dos limites da razoabilidade, parece ser de aceitar que se o garante, aquando da prestação da garantia fidejussória, admite a mudança do devedor, implicitamente consente em manter a garantia mesmo que se altere a pessoa do devedor. Senão, veja-se: quem faz disso profissão, preocupa-se em dimensionar previamente qual o nível de risco assumido e o seu possível acréscimo, sendo remunerado para o efeito. Nesta medida, a sua situação fica salvaguardada.

4.2. Morte do devedor

I - Trata-se de uma questão de algum modo semelhante à exposta anteriormente sobre a morte do credor. Contudo, mais uma vez se constata a inexistência no CC de qualquer referência expressa acerca da sorte da fiança para estas situações.

Entretanto, percebe-se a determinante necessidade de se encontrar uma solução que valha para este problema, de modo a distinguir as situações consoante as dívidas asseguradas por fiança se encontrem ou não constituídas à data da morte do fiador. Ora, neste particular devemos observar que a fiança relativa a obrigações já constituídas, bem assim as fianças de obrigações futuras já determinadas à data da morte do devedor, a nosso ver, não têm a virtualidade de levantar grandes dúvidas, já que a responsabilidade do fiador mantém-se mesmo com a alteração subjectiva da posição

⁴⁹⁸ Veja-se, neste sentido, Januário da Costa Gomes, em Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 789.

jurídica do devedor, dado que não existe o agravamento do risco fidejussório⁴⁹⁹ por estarem dominadas pelo fiador.

No entanto, e como nem podia deixar de ser, a situação altera-se relativamente a manutenção da fiança das obrigações constituídas após a morte do devedor.

Pensamos nós que aqui se apresenta determinante verificar os termos da vinculação fidejussória. Bem por isso, tratando-se a fiança de negócio de risco, é crucial que o garante, aquando da constituição do vínculo fidejussório, preveja as possíveis modificações subjectivas da posição do devedor de maneira a resguardar o seu património. Contudo, na falta de previsão contratual, equaciona-se o facto segundo o qual, ao tratar-se de fiança especialmente prestada por amigo, parente ou colega de trabalho do devedor, o que até não é raro, não se mostra razoável que da circunstância da morte do devedor, pessoa a quem coube impulsionar o negócio, este se mantenha, uma vez que a garantia foi prestada *intuitu personae*. A ser assim, entende Januário da Costa Gomes que caberá ao credor provar que a garantia não foi prestada nestes termos⁵⁰⁰. Pensamos que a afirmação faz sentido, pois para afastar qualquer controvérsia, o credor deve demonstrar as condições estabelecidas com a contraparte para provar a existência do facto alegado.

Outro tanto se pode dizer relativamente à fiança prestada por profissional, em que claramente a sua posição é bem mais confortável, na presunção de já se ter avaliado os possíveis riscos da prestação da garantia antes da vinculação. Esta situação também é mais consentânea com a lógica, cabendo ao garante contrariar o carácter *intuitu personae* da fiança, de forma a manter a garantia com o herdeiro do devedor⁵⁰¹.

Por último, não se deixa de questionar se o herdeiro do devedor poderá invocar insuficiência do património hereditário para limitar a sua responsabilidade.

Ora, como é ponto assente, as obrigações do autor da sucessão se transmitem para o herdeiro, passando a ser dívidas do herdeiro, logo que se opera a devolução da herança. Porém só o activo da herança, e não o património pessoal do herdeiro, responde pelas dívidas hereditárias. Isto é exacto, em princípio, quer a herança seja

⁴⁹⁹ Veja-se, neste sentido, Januário da Costa Gomes, em Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 791.

⁵⁰⁰ Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 793.

⁵⁰¹ Veja-se para mais detalhes Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 792 e 793.

aceite em benefício de inventário, quer seja aceite pura e simplesmente⁵⁰² (arts. 2052º e 2071º do CC). Assim, parece-nos que nada obsta a que o herdeiro possa fazer actuar a responsabilidade *intra vires hereditatis* para limitar a sua responsabilidade perante o devedor do falecido, visto que no nosso sistema o herdeiro não responde *ultra vires hereditatis*⁵⁰³.

Mas será que o fiador do *de cuius* poderá também argumentar essa insuficiência para limitar a sua responsabilidade?

Ora, o BGB responde a esta questão no parágrafo 768, na qual determina: “*La fianza puede hacer valer las defensas a las que tiene derecho el deudor principal. Si el deudor principal muere, entonces la garantía no puede invocar el hecho de que el heredero tiene responsabilidad limitada sólo para la obligación*”. Com isso, verifica-se que, com a morte do devedor principal, o fiador não pode invocar a insuficiência do património hereditário, para desta forma limitar a sua responsabilidade.

No tocante ao CC, verifica-se não existir preceito semelhante ao do BGB, apesar de Vaz Serra no seu anteprojecto ter proposto o seguinte articulado: “*O fiador não pode opor ao credor o facto de o herdeiro do devedor só limitadamente responder pelas obrigações deste último*” (n.º 4 do art.º 13º). No entanto, este preceito não mereceu acolhimento no CC.

Não obstante isso, Januário da Costa Gomes defende que a solução para esta questão não é diferente da determinada no BGB, se atendermos o disposto na parte final do n.º 1 do art.º 637º. Nele se faz ver: “*cobrando a fiança as situações de insuficiência e, em geral, de impotência patrimonial do devedor, não faria sentido que o fiador pudesse invocar essa insuficiência para conseguir uma limitação da sua responsabilidade, atenta a sucessão por morte do devedor*”. Por consequência, independentemente da

⁵⁰² Sendo a herança aceita em benefício de inventário, só respondem pelos respectivos encargos os bens inventariados, a não ser que os credores (ou os legatários) façam prova da existência de outros bens hereditários, os quais também respondem pelos referidos encargos (n.º 1 do art.º 2071º do CC). Sendo a herança aceita pura e simplesmente, a responsabilidade pelos encargos também não excede o valor dos bens herdados, incumbindo ao herdeiro, em tal caso, provar que na herança não existem valores suficientes para cumprimento dos encargos (n.º 2 do art.º 2071º do CC). O facto de se chamar pura e simples à forma de aceitação da herança, não implica de maneira alguma, que a aceitação a benefício de inventário seja uma aceitação condicionada ou feita com qualquer limitação como tal; ambas são modos de aceitação (sem sujeição a qualquer condição, termo ou limitação de outra natureza) oferecidos em alternativa ao chamado. Veja-se, nesse sentido, Inocêncio Galvão Telles, Sucessões, Parte Geral, Coimbra Editora, 2004, pp. 82-83; Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 2052º, pp. 82-84.

⁵⁰³ Sobre os princípios *intra vires hereditatis* e *ultra vires hereditatis*, veja-se Galvão Telles, Direito das Sucessões. Noções fundamentais, 6ª ed., Coimbra Editora, 1996, p. 175 e ss.;

herança ser aceite pura e simplesmente ou a benefício de inventário, o herdeiro do devedor que aceitou a herança, é devedor na totalidade, independentemente do património hereditário cobrir ou não integralmente o débito. No entanto, a lei confere ao herdeiro do devedor o exercício da excepção material de insuficiência do património hereditário, que não pode ser invocada pelo fiador, por ser um meio de defesa incompatível com o fim de garantia ou segurança da fiança⁵⁰⁴. Perfilhamos este entendimento, pois da mesma forma que não faz sentido ao fiador, colocado na posição de garante da solvência do devedor, recusar cumprir a obrigação fidejussória com o argumento de incapacidade económica do devedor; também não fará qualquer sentido invocar essa insuficiência para conseguir uma diminuição da sua responsabilidade com a morte do devedor. Isso sucede, justamente, porque a fiança surge para cobrir essas situações de insolvência, atento ao seu fim de garantia ou segurança⁵⁰⁵. Por essa razão, torna-se incompatível, nestas circunstâncias, ao fiador invocar a excepção material de insuficiência do património hereditário, para reduzir a sua responsabilidade perante o credor. Aliás, já se deixa ver, que aceitar-se tal hipótese, estar-se-ia a transformar a fiança num instituto que em nada protege o credor.

⁵⁰⁴ Veja-se Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 1021-1024.

⁵⁰⁵ Para Januário da Costa Gomes, a fiança obedece a “*duas grandes linhas de força*” que marcam o seu regime jurídico, que são a acessoriedade e o fim de segurança ou garantia, acrescentando ainda como terceiro pilar a circunstância de se tratar de um negócio de risco. Estes três pilares explicam que a acessoriedade não funciona como um dogma do regime jurídico da fiança; havendo várias excepções a este princípio, que constituem cedências impostas pelos outros dois pilares em que a fiança assenta. Quanto aos dois primeiros pilares da fiança, já nos debruçamos sobre eles nas p. 67 do nosso estudo. Como se fez ver, o terceiro pilar da fiança é a consideração desta como negócio de risco. Ora, naturalmente todos os negócios envolvem certo risco; porém o risco que neste caso se tem em conta, é um risco anormal, visto que o garante pode ser chamado a cumprir a obrigação fidejussória e, depois, por sua conta tentar reaver do devedor o que haja pago, sem ter a certeza que o conseguirá. Nestas circunstâncias, a característica da fiança como negócio de risco permite identificar alguns aspectos de regime: a) a possibilidade de o garante conhecer *ex ante* o nível de risco que por si vai ser assumido; b) a hipótese do fiador no decurso do negócio puder analisar o nível de risco existente; c) a interpretação estrita das declarações de assunção de risco, com a correlativa tendencial aplicação dos critérios *in dubio pro fideiussione* e *in dubio pro fideiussore*; d) a impossibilidade da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias a favor do beneficiário da assunção do risco; e) ampla restrição da aplicação da figura da alteração das circunstâncias a favor do assuntor do risco; f) o tendencial carácter *intuitu personae* da fiança; g) carácter expresso das cláusulas que agravam o risco fidejussório, tais como, a cláusula de fiador e principal pagador, a cláusula da renúncia aos meios de defesa do devedor, entre outras; h) a aceitação da existência de deveres de informação e aviso sobre o risco da prestação da garantia, quer pelo credor, quer pelo devedor principal. Veja-se a questão com mais profundidade em Januário da Costa Gomes, Estudos de Direito das Garantias, A Fiança no quadro das garantias pessoais, Aspectos do Regime, ob. cit., pp. 18-25; Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 116 e ss.

5. A morte do fiador. Transmissibilidade do vínculo de garantia aos herdeiros

I - Questiona-se agora qual o destino da garantia fidejussória em caso de morte do fiador. Será que sempre diante da morte do fiador, poderá ser discutido se a fiança se transmite ou não aos seus herdeiros.

Ora, a morte é o fim, mas também o princípio. Neste caso, pressuposto⁵⁰⁶ e momento inicial do fenómeno sucessório, como resulta dos arts. 2024º e 2031º do CC⁵⁰⁷. Porém, ao falarmos da morte como pressuposto da sucessão, estamos a referir-nos à morte natural ou física que faz cessar a personalidade jurídica das pessoas singulares (n.º 1 do art.º 68º do CC). Assim, a morte física é tida como um facto jurídico (no sentido que é um facto da vida real juridicamente relevante), involuntário (na medida em que resulta de causas de ordem natural ou em que a sua eventual voluntariedade não tem relevância jurídica no que concerne aos efeitos próprios da morte em matéria sucessória). Além disso, a morte costuma caracterizar-se como facto jurídico constitutivo de novas relações jurídicas (ex., o direito ao pagamento de seguro de vida que o falecido fez em benefício de determinada pessoa); modificativo das relações jurídicas do falecido (ex., os bens, direitos e obrigações que não se extinguem por morte do seu titular são objecto de devolução sucessória, abrindo-se a sucessão relativamente

⁵⁰⁶ Veja-se, Inocêncio Galvão Telles, Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório, Noções fundamentais, Lisboa, 1944, p. 32 e ss.; Francisco M. Pereira Coelho, Direito das Sucessões, 4ª ed., Coimbra, 1992, p. 4 e ss.; Rabindranath Capelo de Sousa, Lições de Direito das Sucessões, vol. I⁴, Coimbra Editora, 2000, p. 173 e ss., discordam que o estudo da morte se faça no capítulo referente à abertura da sucessão, alegando que a morte é um pressuposto quer da sucessão em geral quer tanto da abertura da sucessão como da vocação e da aquisição sucessórias e que a abertura da sucessão é apenas um dos efeitos da morte.

⁵⁰⁷ Vide Paulo Cunha, Do Direito das Sucessões, I - Noções Fundamentais, II - Sucessão Testamentária, lições publicadas por I.T., FDL, 1939; Manuel Duarte Gomes da Silva, Direito das Sucessões, Lisboa, 1965/66, p. 4 e ss.; Nuno Espinosa Gomes da Silva, Lições de Direito das sucessões, Lisboa, 1978, p. 3 e ss.; José de Oliveira Ascensão, Direito civil, Sucessões, 5ª ed., revista, Coimbra editora, 2000, p. 113 e ss.; Rodrigues Bastos, Direito das sucessões, vol. I³, 1993, p. 15 e ss.; Carlos Pamplona Côrte-Real, Curso de Direito das sucessões, Quid Juris, 2012, p. 9 e ss.; Eduardo dos Santos, Direito das sucessões, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2002, p. 16 e ss.; Luís Alberto Carvalho Fernandes, Lições de Direito das sucessões, 4ª ed., revista e actualizada, Lisboa, 2012, p. 10 e ss.; José João Gonçalves de Proença, Direito das sucessões, 3ª ed., revista e actualizada, Quid Juris, 2011, p. 9 e ss.; Cristina M. Araújo Dias, Lições de Direito das sucessões, 5ª ed., Almedina, 2016, p. 10 e ss.; Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, Lições de Direito das Sucessões, Almedina, 2017, p. 11 e ss.;

aos mesmos); e extintivo de relações jurídicas do falecido (aquelas que se extinguem por morte do seu titular, de acordo ao art.º 2025º)⁵⁰⁸. Deste modo, a sucessão abre-se no momento da morte do seu autor e no lugar de último domicílio dele, tendo como repercussão óbvia a extinção da titularidade das situações jurídicas que devem subsistir para a além da morte⁵⁰⁹ e deixar os bens em condições de serem adquiridos por um novo sujeito⁵¹⁰.

Sendo assim, temos de saber quais os direitos e obrigações que se transmitem. Ora, constitui facto assente que nem todos os direitos e obrigações de que o falecido é sujeito activo ou passivo se transmitem à sua morte. Alguns existem que cessam ou não se transmitem. A lei refere-se-lhes expressamente no n.º 1 do art.º 2025º do CC: “*Não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular em razão da sua natureza ou por força da lei*”. O n.º 2 deste art.º acresce: “*Podem também extinguir-se à morte do titular, por vontade deste, os direitos renunciáveis*”. Como exemplo do previsto no n.º 1 do citado preceito, costumam-se apontar os direitos e obrigações pessoais, instituídos *intuitu personae*, isto é, intimamente ligados à pessoa dos seus titulares. São direitos que por natureza não se podem transmitir a pessoa diferente do titular originário, na medida em que visam exclusivamente satisfazer as suas necessidades directas ou indirectas, enquanto vivo⁵¹¹. Outras vezes a própria lei proíbe a transmissão, conforme estabelecido no n.º 2 do art.º 2025º, na qual se aponta como exemplo: o direito e a obrigação de preferência, nos termos do art.º 420º do CC. A última das causas que nos termos do CC se podem opor à transmissibilidade dos direitos do falecido, é a renúncia por parte deste aos direitos de que seja titular, pelo que deixam de fazer parte do património e não se transmitem com os demais elementos da herança⁵¹².

Daí que de um modo geral, a regra seja a transmissibilidade dos direitos e obrigações patrimoniais – podem desligar-se do sujeito e passar a outro – e a intransmissibilidade dos direitos e obrigações pessoais – ligam-se de tal maneira ao sujeito que não podem desprender-se dele e entrar no comércio jurídico⁵¹³.

⁵⁰⁸ Cristina M. Araújo Dias, Lições de Direito das sucessões, ob. cit., p. 20 e ss.

⁵⁰⁹ Neste sentido, Paulo Cunha, Noções Fundamentais, p. 195.

⁵¹⁰ Veja-se, José de Oliveira Ascensão, Sucessões, ob. cit., p. 114.

⁵¹¹ José João Gonçalves Proença, Direito das Sucessões, ob. cit., pp. 19-20.

⁵¹² José João Gonçalves Proença, Direito das Sucessões, ob. cit., p. 21.

⁵¹³ Eduardo dos Santos, Direito das sucessões, ob. cit., pp. 48-49.

Diante do exposto, cumpre agora equacionar se a fiança resiste a morte do garante fidejussório e, por isso, se transmite aos seus herdeiros. Ou se deve entender que esta se extingue, respondendo os sucessores apenas pelas obrigações vencidas e não pagas.

II – Relativamente a estas situações, tem particular importância recuar no tempo, já que as dúvidas em torno deste problema remontam a época do Direito romano, onde constatamos uma variedade de soluções em caso de morte do garante pessoal.

Por ser assim, voltamo-nos para a análise das fontes. Ora isso permite-nos constatar que naqueles remotos séculos, em caso de morte de um *sponsor* ou *fidepromissor* antes de ser chamado a cumprir a obrigação contraída, não se transmitia a sua responsabilidade aos herdeiros por se estar perante um dever de carácter pessoal. Em consequência, extinguia-se a garantia⁵¹⁴. Entretanto, existiam excepções a essa regra. Na verdade, se o garante fosse estrangeiro e o ordenamento jurídico do seu local de nascimento estipulasse situação diversa, esta predominaria sobre a regra romana da intransmissibilidade aos herdeiros. Por sua vez, a obrigação dos *sponsores* e *fidepromissores* cessava ao fim de dois anos se tivesse sido prestada na Itália⁵¹⁵, já a responsabilidade dos *fideiussores* podia ser transferida aos herdeiros em caso de morte e a respectiva *actio* era perpétua⁵¹⁶.

Em França a intransmissibilidade do vínculo fidejussório aos herdeiros do fiador foi imposto pela jurisprudência. Isso sucedeu, apesar do art.º 2294⁵¹⁷ do *code* reconhecer de forma expressa o carácter transmissível das obrigações do fiador. Com efeito, os tribunais franceses há muitos anos se recusam a aplicar este preceito, distinguindo entre a fiança de dívidas presentes da fiança de dívidas futuras⁵¹⁸. Ainda que, excepcionalmente, tenha ocorrido uma situação na qual um tribunal francês de primeira instância, determinou que o vínculo de dívidas futuras deve ser considerado

⁵¹⁴ Possivelmente será a natureza originária da *sponsio*, como promessa jurada, que justificou a intransmissibilidade aos seus herdeiros. Veja-se, neste sentido, Max Kaser, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 312.

⁵¹⁵ Isso sucedia em virtude da *Lex Furia*. Veja-se, Max Kaser, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 313.

⁵¹⁶ Cfr., Max Kaser, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 313.

⁵¹⁷ Determina o art.º 2294º do *code*: “*Las obligaciones de los fiadores pasarán a sus herederos, con excepción del arresto sustitutorio, si la obligación era tal que el fiador estuviera sujeto al mismo*”.

⁵¹⁸ Veja-se nesse sentido, Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Les sûretés, La publicité foncière*, 4ª ed., Paris, 2009, p. 113.

intuitu personae; portanto não se transmite aos herdeiros. Porém, a segunda instância decidiu pela transferência da garantia fidejussória aos herdeiros do fiador e, no mesmo sentido, o Tribunal da Cassação confirmou a transferência para os herdeiros da obrigação de cobertura. No entanto, esta posição não foi seguida noutras sentenças⁵¹⁹. Na sequência de inúmeras críticas doutrinárias que consideraram esta posição demasiado severa para os herdeiros, surgiu o Ac. da *Court* de 29 de Junho de 1982, apoiado na tese de Christian Mouly, que se impõe até hoje. Inicialmente Mouly começou por distinguir entre *obligation de couverture* e *obligation de règlement*, considerando a primeira como *intuitu personae*, de resto a “*pedra de toque*” que tem servido de fundamento para a jurisprudência francesa defender que os herdeiros não são obrigados a assumir dívidas contraídas pelo afiançado após a morte do fiador. Além disso, a concepção de Mouly não permite a existência de acordo entre as partes na qual se pactua que a fiança cobre dívidas nascidas após a morte do fiador, pois considera tratar-se de um pacto sobre sucessão futura, proibido pelo artigo 1130º do *code*⁵²⁰.

Ora, baseado nisso, o Tribunal de Cassação francês num Ac. de 29 de Junho de 1982 determinou que, na fiança em geral a morte do fiador extingue a obrigação de cobertura, mais precisamente, as obrigações futuras em respeito ao seu carácter *intuitu personae*; mais justifica a *Court* que: “ *não existindo no momento da morte do fiador qualquer dívida com vinculação à dívida posterior, não podia o falecido transferir esta vinculação os seus sucessores*”. No entanto, não deixa de manter intacta a *obligation de règlement*⁵²¹, como passo óbvio para se aferir a referida distinção⁵²².

Diversamente do que ocorre no Direito francês, entende a doutrina italiana maioritária que a morte do fiador não extingue a fiança, porém ocorre uma modificação subjectiva no contrato de fiança pela transmissão da garantia aos herdeiros do

⁵¹⁹ Cfr., Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Les sûretés, La publicité foncière*, ob. cit., p. 113.

⁵²⁰ Determina o art.º 1130º do Code: “*Las cosas futuras podrán ser el objeto de una obligación. No se podrá no obstante renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre dicha sucesión, ni aún con el consentimiento de aquel de quien se trate la sucesión*”.

⁵²¹ Veja-se, Galopin Benoit, *Les rapports de la caution et du débiteur cautionné*, DEA droit privé Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sous la direction de Monsieur Heuzé, juin 2002, p. 25.

⁵²² Na visão de Simler, “ [...] *a história da fiança é um conflito entre a tendência clara do legislador e, mais recentemente da jurisprudência, de rodear a obrigação do fiador de precauções e protecções diversas, e a tendência inversa de a prática bancária rodear de obstáculos em benefício do credor, que normalmente se encontra em situação dominante*”. Veja-se, *La cautionnement et garanties autonomes*, 2ª ed., Paris, 1999, p. 5.

falecido⁵²³. Entretanto, Alfredo Calderale entende que não existem razões para colocar em discussão o princípio da transmissão *mortis causa* das obrigações do fiador, desde que seja estabelecido o dever de o credor informar aos herdeiros do garante da existência da fiança, e estes extinguem-na se assim o entenderem⁵²⁴. Todavia, a doutrina majoritária entende que a sucessão universal obsta a que se faça a distinção entre os efeitos passados e futuros, pelo que se transmitem aos sucessores do fiador todos os direitos e obrigações do falecido⁵²⁵.

Já no terreno da jurisprudência, destaca-se o Ac. de 5 de Dezembro de 1970 do Tribunal de Cassação italiano, no qual estabelece que a garantia não se extingue com a morte do fiador e os herdeiros são obrigados a cumprir as obrigações assumidas pelo devedor após a morte do garante⁵²⁶. Todavia, anos mais tarde, a *CassI* voltou a pronunciar-se sobre a questão e determinou num Ac. de 10 de Novembro de 1993 o seguinte: “[...] a fiança transmite-se aos herdeiros do fiador que passam a deter os mesmos poderes que pertenciam ao falecido. Porém, podem denunciar a fiança nos mesmos termos em que o de cujus o poderia fazer. Na ausência de denúncia deveram responsabilizar-se pelas dívidas contraídas após a morte do fiador, sem prejuízo do regime da aceitação da herança a benefício de inventário (limite estabelecido pelo parágrafo 2º do art.º 490 do codice)”⁵²⁷.

O CCE, por sua vez, não contém nenhuma alusão expressa ao destino na fiança no caso de morte do fiador (arts. 1822º a 1856º). Aparentemente, nem parece que tal fosse necessário, bastando que se apliquem as regras gerais em matéria de sucessões que claramente regulam que a herança compreende todos os bens, direitos e obrigações de uma pessoa e não se extinguem com a sua morte; pelo que os herdeiros aceitantes da herança pura e simples, sucedem ao falecido pelo simples facto da sua morte, em todos

⁵²³ Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 141; Giuseppe Santoni, Fideiussione omnibus ed eredi del fideiussore, in Banca BT LVI, 1993, pp. 15-48, pp. 16 e 28-29; Roberto Giovagnoli / Marco Fratini, Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali, Giuffrè Editore, 2010, p. 274.

⁵²⁴ Alfredo Calderale, La trasmissibilità agli eredi del fideiussore dei debiti contratti dal debitore principale dopo la morte del fideiussore nell'ordinamento francese, quebechese e italiano, IV, Rivista: Il foro italiano, 1985, p. 244; o mesmo autor em, Fideiussione e contrato autonomo di garanzia, Editore: Cacucci, 1989, p. 29 e ss.

⁵²⁵ Neste sentido, Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 141; Giuseppe Santoni, Fideiussione, ob. cit., pp. 27-28.

⁵²⁶ Veja-se Ac. da Corte di Cassazione de 5 de Dezembro de 1970 em www.cortedicassazione.it, visualizado em 02 de Julho de 2017.

⁵²⁷ Veja-se no mesmo sentido, Ac. da Corte di Cassazione, n.º 4801 de 13 de Abril de 2000; Ac. da Corte di Cassazione, n.º 7403 de 14 de Outubro de 2012; Ac. da Corte di Cassazione, n.º 16827 de 09 de Agosto de 2016; disponíveis em www.cortedicassazione.it, visualizado em 02 de Julho de 2017.

os seus direitos e passivo (arts. 659º e 661º do CC)⁵²⁸. Diversamente, o Anteprojecto do CCE (1882-1888) previa de forma expressa no art.º 1739º a transmissão hereditária da fiança ao dispor: “*Todas as obrigações do fiador transmitem-se aos seus herdeiros, excepto as que tenham carácter pessoal*”⁵²⁹.

No entanto, a ausência de regulamentação específica sobre a transmissibilidade ou não da fiança aos seus herdeiros, acaba por gerar algumas dúvidas na doutrina sobre a questão da transmissibilidade *mortis causa* das obrigações decorrentes da prestação de fiança. Contudo, defende a doutrina que em torno do estabelecido nos arts. 1112º, 1257º, 659º e 661º⁵³⁰ do CCE, se os direitos e obrigações que não se extinguem com a morte são transmissíveis aos seus herdeiros, a posição do fiador depois do seu falecimento é assumida pelos seus herdeiros. Para Carrasco Perera, “*O falecimento do fiador em fiança determinada não constitui qualquer problema, pois a obrigação fidejussória encontra-se já constituída e translada-se para os herdeiros, que respondem solidariamente pela obrigação (art.º 1084º⁵³¹ do CCE)*”⁵³². Defende ainda a doutrina, que a responsabilidade do garante se sustenta no art.º 1911º do CCE que determina: “*Para o cumprimento da obrigação responde o devedor com todos os seus bens presentes e futuros*”. Indo mais longe, sustenta ainda que a obrigação do fiador se extingue ao mesmo tempo que a obrigação do devedor, pelas mesmas causas que as demais obrigações (art.º 1847º do CCE); o que significa, como regra geral, a necessidade de se haver cumprido a obrigação garantida, mediante pagamento por

⁵²⁸ Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. IV, Barcelona, 1973, p. 146.

⁵²⁹ Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. IV, ob. cit., p. 147.

⁵³⁰ Dispõe o art.º 1112º “*Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”; art.º 1257º “*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*”; art.º 659º “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”; art.º 661º “*Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”.

⁵³¹ Determina o art.º 1084º: “*Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda*”.

⁵³² Ángel Carrasco Perera, *Tratado de los derechos de garantía*, T. I³, Pamplona, 2015, p. 312.

qualquer das formas mencionadas no art.º 1256º do CCE, em sentido da obrigação de garantia se extinguir⁵³³. Acresce ainda Carmen Arijá Soutullo, que se os herdeiros aceitam a herança pura e simples, assumem tanto os direitos como as obrigações que estejam a cargo do falecido, respondem pelas dívidas da herança, não só com os bens que herdaram, mas também com o seu património pessoal, pois o art.º 1003º do CCE determina: “*Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios*”. Afirma também esta autora, que a responsabilidade do herdeiro é *ultra vires hereditatis*, querendo isso dizer que o herdeiro sucede ao falecido tanto em seus direitos como em suas obrigações (art.º 661º do CCE) que não se extinguem com a sua morte; salvo se a aceitação da herança foi com benefício de inventário⁵³⁴. Porém, se o herdeiro aceita a herança com benefício de inventário, segundo dispõe o art.º 1023º do CCE, o herdeiro não fica obrigado a pagar as dívidas e demais encargos que ultrapassem as forças da herança, não ficando os bens pessoais do herdeiro afectados com as dívidas da herança. No entanto, isso não significa que o herdeiro não é obrigado a pagar as obrigações decorrentes da prestação da fiança, mas a sua responsabilidade se limita aos bens deixados de herança (responsabilidade *intra vires hereditatis*)⁵³⁵.

Diante do exposto, a doutrina não deixou de equacionar se existem mecanismos de protecção dos herdeiros, visto que muitas vezes os sucessores do fiador ao aceitarem a herança desconhecem os riscos a que estão a submeter o seu património, e a fiança pode tornar-se excessivamente onerosa para herdeiros. Quanto a isso, a doutrina é unânime ao considerar que o CCE na regulação da fiança oferece meios de protecção do fiador frente ao credor, antes do cumprimento; pelo que podem os herdeiros libertarem-se da fiança ocorridos os pressupostos previstos no art.º 1843º do CCE, ou obrigar o

⁵³³ Veja-se, Guilarte Zapatero, Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código civil, ob. cit., p. 364 e ss.; Maria del Carmen Arijá Soutullo, Extinción de la fianza por aplicación del artículo 1852 del Código Civil. Perspectivas actuales del Derecho de Garantías, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n.º 29, Pamplona, 2013, p. 59 e ss.

⁵³⁴ Carmen López Beltrán de Heredia, Derecho de sucesiones, Coordinado por Vicente Montés Penadés, Francisco Capilla Roncero, Ángel López, Valencia, 1992, p. 551 e ss.; no mesmo sentido, Lacruz Berdejo e Rebullida Sancho, Elementos de Derecho civil V, Derecho de sucesiones, ob. cit., p. 90 e ss.

⁵³⁵ Veja-se Carmen López Beltrán de Heredia, Derecho de sucesiones, ob. cit., p. 551 e ss.; no mesmo sentido Joaquín Jose Rams Albasa, afirma: “O nosso Código, tal como ocorre com o Code, não favorece de nenhum modo, a inteligência do fenómeno da transmissão *mortis causa* das dívidas do falecido e a responsabilidade que essa transladação comporta. El beneficio de inventario: Una incoherencia del sistema? Veja-se, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, ob. cit., p. 5471.

devedor a prestar garantia em seu benefício, visto que se transmitem aos herdeiros o vínculo de garantia e todos os seus direitos^{536 537}.

Em sentido semelhante, a jurisprudência espanhola defende a sucessão aos herdeiros das obrigações decorrentes da prestação de fiança, porque a fiança subsiste no caso de morte do fiador; pois não se trata de uma obrigação de carácter pessoal, salvo se as partes tiverem pactuado a extinção da garantia com a morte do fiador, pacto que normalmente não é aceite pelos credores e por essa razão não é habitual. Assim, os herdeiros ao aceitarem a herança pura e simples assumem o compromisso de cumprir a obrigação fidejussória⁵³⁸. Por conseguinte, os credores podem exigir o pagamento das suas dívidas de qualquer dos herdeiros que não tenha aceite a herança com benefício de inventário, nos termos do art.º 1084º do CCE.

Por outro lado, se questionou na doutrina espanhola se com a morte do fiador solidário, esta se transmite aos seus herdeiros?

O CCE estabelece a fiança solidária no art.º 1822º: *“Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal se observará lo dispuesto en la sección cuarta”* (arts. 1137º a 1148º do CCE). No respeitante a isso, cabe referir mostrar-se muito frequente em Espanha a constituição do fiador solidário, tal como ocorre também em Portugal. Reconhece assim a doutrina que, com o falecimento do fiador, se transmite aos seus herdeiros a posição jurídica do garante, e estes convertem-se em fiadores solidários, significando isso que o credor pode optar por exigir o pagamento do credor ou dos herdeiros⁵³⁹. Por outro lado, o art.º 1084º do CCE estabelece: *“Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta*

⁵³⁶ Maria del Carmen Arija Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 14.

⁵³⁷ No capítulo a seguir debruçar-nos-emos com pormenor sobre o art.º 1843º do CCE e a possibilidade dos herdeiros se desvincularem da fiança reunidas as condições ali estabelecidas, bem como a liberação dos herdeiros do fiador após incumprimento da obrigação garantida.

⁵³⁸ Determinou a jurisprudência espanhola: *“ni la fianza ni las obligaciones en general se extinguen por el fallecimiento del fiador o del obligado, sino que la fianza desplegará sus efectos una vez constituida, liquidada la deuda principal afianzada tendrá idéntico tratamiento al resto de las deudas del fallecido, puesto que ésta no es una obligación de las llamadas personalísima que se extinguen con la muerte”*. Cfr. Ac. do Tribunal Superior de Justiça, de 3 de Junho de 2004, em www.poderjudicial.es, visualizado em 02 de Julho de 2017.

⁵³⁹ Díez Picazo, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 445; Carmen Arija Soutullo, Transmisión hereditaria de la fianza, Revista de Derecho Civil, ob. cit., pp. 25-65, p. 44.

donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio". No entanto, este preceito aplica-se tanto à fiança simples como a solidária. Agora, segundo uma parte da doutrina, a responsabilidade dos herdeiros que aceitam a herança de forma pura e simples, depois da partilha passam a ser herdeiros solidários, nas situações em que a herança é partilhada sem previamente satisfazerem o direito de crédito. Nesta situação o credor pode exigir de qualquer herdeiro solidário a satisfação integral da dívida⁵⁴⁰. Em sentido contrário, outra parte da doutrina considera que não existe responsabilidade solidária, mas antes conjunta, significando isso que o credor pode demandar os herdeiros conjuntamente ou o administrador da herança⁵⁴¹.

Quanto a fiança *omnibus*, na prática espanhola é bastante utilizada por empresários, para no exercício da sua profissão garantirem o cumprimento das suas obrigações; ou seja, este tipo de fiança é habitualmente utilizada na prática bancária e nasce da necessidade de se recorrer ao crédito bancário para desenvolvimento da actividade empresarial do devedor. Neste caso o devedor é o empresário e o credor é a instituição bancária⁵⁴².

Quanto a transmissibilidade da fiança *omnibus* aos herdeiros do fiador. Constitui factio assente que não existe base legal, no sentido de levar a concluir que este tipo de fiança se extingue com a morte do fiador, pois não tem carácter *intuitu personae*. No entanto, pode acontecer que se haja constituído a fiança com carácter pessoal e pactuado previamente a extinção do vínculo fidejussório com o falecimento do garante. Pelo que, nestas circunstâncias a fiança não se transmite. A esse respeito, afirma Infante Ruiz, “[...] *salvo que el acuerdo de garantía o el documento que la recoja lo excluya o la fianza se haya constituido intuitu personae, de acuerdo con las reglas generales del Derecho de Sucesiones, será posible extender la garantía a obligaciones asumidas por el deudor después de la muerte del fiador*”⁵⁴³. No entanto, comumente a jurisprudência espanhola tende a não transmitir aos herdeiros as dívidas contraídas pelo

⁵⁴⁰ Neste sentido, Carmen Arija Soutullo, Transmisión hereditaria de la fianza, ob. cit., p. 45.

⁵⁴¹ Neste sentido, Alvaro Núñez Iglesias, Comentario al artículo 1084 del Código civil, Código civil comentado, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, p. 1848.

⁵⁴² Veja-se, Carmen Arija Soutullo, Transmisión hereditaria de la fianza, ob. cit., p. 47. A doutrina italiana também evidencia a relevância prática da fiança *omnibus* como forma dos empresários obterem créditos bancários para o desenvolvimento das suas actividades. Veja-se sobre a questão em, Michele Fragali, Della fideiussione, Del Mandato de crédito, ob. cit., p. 191 e ss.; Gianluca Sicchiero, L’engineering. La joint venture. I contratti di informatica. I contratti atipici di garanzia. Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale, Torino, 1991, p. 144 e ss.

⁵⁴³ Francisco José Infante Ruiz, La fianza general, Revista de derecho patrimonial, Cizur Menor, n.º 24, 2010, p.29-50, p. 40.

devedor principal após a morte do fiador. Temos como exemplo, o Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 29 de Abril de 1992, citado por Carrasco Perera. No dito Ac. se entendeu que as dívidas do devedor principal contraídas após a morte do fiador, não vinculam os herdeiros deste último; pois não estavam constituídas à data da morte do garante. Os argumentos deste Ac. são resumidamente os seguintes: A faleceu no dia 8 de Maio de 1982 e havia prestado fiança *omnibus* em benefício do Banco X, para garantir as obrigações que seriam contraídas futuramente pela Empresa B. Acontece, porém, que cinco meses após a data da morte do garante é que o Banco X concede crédito a Empresa B. Nesta situação entendeu o Supremo Tribunal espanhol que tendo a obrigação garantida nascido quando o fiador já havia falecido, não se mostra possível estender aos herdeiros deste os efeitos da garantia; e tal não se deve ao princípio da intransmissibilidade aos sucessores, mas antes porque a eficácia ou extensão do cumprimento dessa obrigação surgiu após a morte do fiador, pelo que não se pode reflectir sobre este, já que é elementar o entendimento segundo a qual, independentemente dos termos estabelecidos na dita fiança, se a obrigação só nasce após a morte do garante já não se encontra coberta pela fiança⁵⁴⁴. A conclusão a que se chega é que alguma jurisprudência espanhola tem sempre em conta se a obrigação afiançada nasceu antes ou depois da morte do fiador. A ser assim, caso tenha nascido depois do falecimento do garante, não se transmite aos seus sucessores⁵⁴⁵.

No entanto, uma parte da doutrina espanhola criticou a referida jurisprudência e considerou não se mostrar correcta a posição tomada pelo Supremo Tribunal espanhol; não só porque vai contra as regras do Direito sucessório, mas também por colidir com a continuidade dos sucessores, na qual, na maior parte das vezes, os garantes e seus herdeiros controlam a sociedade devedora. A obrigação fidejussória não é, salvo estipulação em contrário, uma obrigação com carácter pessoal⁵⁴⁶. Para Carrasco Perera, a protecção conferida ao fiador e aos seus herdeiros, em caso de falecimento deste, deve ser moderada de acordo com as operações realizadas pelo devedor e a possibilidade de controlar as suas realizações. Nos casos em que os herdeiros do fiador têm controlo da

⁵⁴⁴ Ángel Carrasco Perera, Comentario a la STS de 29 de Abril de 1992, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 28 (1992), § 753.

⁵⁴⁵ No mesmo sentido, sentença de 18 de Março de 1992 do Tribunal da Corunha; sentença de 9 de Julho de 1993 do Tribunal de Zaragoza; sentença de 22 de Janeiro de 1998 do Tribunal de Madrid; sentença de 21 de Novembro de 2006, também do Tribunal de Madrid; sentença de 03 de Setembro de 2013 do Tribunal da Múrcia. Cfr. www.poderjudicial.es, visualizado em 02 de Julho de 2017.

⁵⁴⁶ Veja-se, Carmen Arijá Soutullo, Transmisión hereditaria de la fianza, ob. cit., p. 54.

sociedade devedora e, por conseguinte, podem impedir o nascimento de uma nova dívida garantida, mas não o fazem, não existem razões para concluir que estes não querem garantir a nova dívida. Contudo, nas situações em que os herdeiros não têm possibilidade de controlar a sociedade devedora, nada mais certo não responderem pelas obrigações contraídas⁵⁴⁷.

O CCB julgou útil na sua última reforma manter de forma expressa no art.º 836º: “*A obrigação do fiador passa aos herdeiros, mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança*”. O reportado dispositivo corresponde ao art.º 1501º do CCB de 1916, ambos com conteúdos quase idênticos. A única distinção reside na supressão do pronome “lhe”, antes conjugado ao abrigo do verbo “passar”⁵⁴⁸.

Assim, em rigor, a morte do garante fidejussório extingue a fiança; mas a obrigação correspondente passa aos seus herdeiros, limitada, porém, às forças da herança e aos débitos existentes até o momento do falecimento. Com efeito, os herdeiros do fiador continuam a ser responsáveis pelo débito surgido até ao momento do óbito, desde que não ultrapasse as forças da herança.

Deste modo, ainda que haja um prazo fixado para a fiança, e que o fiador morra antes de vencido esse lapso de tempo, a fiança sempre se extingue com a sua morte. Numa síntese, retira-se que em razão do falecimento do fiador, a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a sua morte e, note-se, não pode ultrapassar as forças da herança. Ou seja, embora a fiança seja um contrato *intuitu personae*, porquanto firmado na confiança que o credor deposita na pessoa do fiador⁵⁴⁹, especialmente na capacidade patrimonial do garante em assegurar o adimplemento da obrigação principal, o art.º 836º indica que as obrigações porventura exigíveis ao fiador antes da sua morte transmitem-se aos herdeiros; obrigações estas, porém limitadas às forças da herança, isto é, ao valor dos bens que compõem o acervo hereditário. Assim, se o valor da dívida for superior a herança, o excesso não poderá ser exigido aos herdeiros. Nestes termos, a exigibilidade da parte que sobejar às forças da herança será

⁵⁴⁷ Cfr., Ángel Carrasco Perera, Tratado de los Derechos de garantía, ob. cit., pp. 212 -1074.

⁵⁴⁸ Determinava o art.º 1501º do CCB de 1916: “*A obrigação do fiador passa-lhe aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até à morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança*”.

⁵⁴⁹ Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, vol. III, ob. cit., p. 502.

ineficaz perante os herdeiros e deles não poderá ser exigida. Nesse sentir, se afirma que a morte do fiador extingue a fiança, pois sem fiador não existe fiança⁵⁵⁰.

Por sua vez, também tem sido este o entendimento da jurisprudência brasileira ao determinar: “a morte do fiador extingue a fiança e seus eventuais herdeiros só podem ser responsabilizados pelos débitos garantidos vencidos até a data da morte do fiador”⁵⁵¹. Também entende a jurisprudência brasileira que a morte do garante, antes do surgimento da dívida, extingue a obrigação de garanti-la, não havendo transferência de responsabilidade aos herdeiros do garante⁵⁵².

Por outro lado, se dedicarmos alguma atenção ao que nos diz o AUOG da OHADA, tratando-se de fiança de obrigações presentes e determinadas, a responsabilidade de pagar a dívida transmite-se aos herdeiros, como qualquer outra dívida; porém, não pode ultrapassar as forças da herança. Mas agora pergunta-se, o que se passa no respeitante à fiança genérica, à luz destas convenções?

A esse respeito, determina o quarto parágrafo do art.º 25º do AUOG da OHADA que por morte do fiador, somente as obrigações constituídas antes do seu decesso se transmitem aos herdeiros, independentemente de se tratar de fiança simples ou solidária. Ora, tal como se vê, adoptou-se posição semelhante a do Direito francês, segundo o qual a morte do fiador extingue as obrigações de cobertura⁵⁵³.

Em Portugal, o que ocorre no actual CC, à semelhança do CS, leva-nos a constatar que não faz qualquer alusão a transmissibilidade da fiança aos herdeiros do fiador após o seu passamento, ao contrário do CCom de 1833, que estabelecia no art.º 865º: “as obrigações contrahidas pelo fiador passam a seus herdeiros”⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ Cfr., Francisco Carlos Rocha de Barros, Comentários à lei do inquilinato, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 174-175, ainda na vigência do CC de 1916. Na vigência do CC de 2002, veja-se Maria Helena Diniz, Código Civil Anotado, 18ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017, p. 575; Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, vol. III, ob. cit., p. 502; Gildo dos Santos, Fiança, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 119; Orlando Gomes, Contratos, ob. cit., p. 541.

⁵⁵¹ Veja-se, neste sentido, Ac. do TS-SP de 16 de Fevereiro de 2005 em www.stj.jus.br; Ac. do TS-SP de 14 de Abril de 2010 em www.esaj.tjsp.jus.br; Ac. do TS-SP de 26 de Janeiro de 2010 em www.esaj.tjsp.jus.br; Ac. do TS-SP de 10 de Março de 2013 em www.esaj.tjsp.jus.br; Ac. do TJ-PR de 12 de Setembro de 2012 em www.jusbrasil.com.br, todos visualizados em 02 de Julho de 2017.

⁵⁵² Veja-se, Ac. do TS-SP de 16 de Maio de 2013 em www.esaj.tjsp.jus.br; Ac. do TS-SP de 15 de Maio de 2013, ambos visualizados em 02 de Julho de 2017.

⁵⁵³ Veja-se neste sentido, Boris Martor, Comparaison de deux sûretés personnelles: le cautionnement et la lettre de garantie, em La semaine juridique, n.º 5, Supplément à La semaine juridique, n.º 44 du octobre 2004, p. 23.

⁵⁵⁴ Por curiosidade, repare-se que o primeiro CCom foi designado por “Código de Ferreira Borges”, em homenagem ao seu principal mentor, José Ferreira Borges, aprovado por Decreto de 18 de Setembro de 1833 e vigorou durante 52 anos (1836 a 1888). Naquela época foi considerado um dos melhores do mundo, conforme nos transmite Fernando Vieira Gonçalves da Silva. Veja-se,

No âmbito do debate doutrinal em redor desta questão, alinharam-se três correntes opostas na vigência do CS: uma defendia a transmissibilidade da fiança; outra, defendia a intransmissibilidade da fiança; a terceira, defendia a transmissibilidade da fiança limitada as obrigações contraídas no período de vida do fiador. Substancialmente, elas tinham obviamente as suas diferenças. Por isso mesmo devemos ver uma a uma com mais detalhes.

Sobre os defensores da tese da intransmissibilidade da fiança, vê-se que eles apoiaram-se no previsto nos art.º (s) 703º, 1737º e 2014º do Código de Seabra para justificarem que o carácter pessoal desta garantia constituía factor impeditivo da sua transmissibilidade aos herdeiros, após a morte do fiador^{555 556}.

A esse respeito, dizia o art.º 703º: “*Os direitos e obrigações, resultantes dos contractos, podem ser transmitidos entre vivos ou por morte, salvo se estes direitos forem puramente pessoaes, por sua natureza, por efeito do contracto, ou por disposição legal*”; ao passo que o art.º 1737º determinava “*A herança abrange todos os bens, direitos e obrigações do auctor della, que não forem meramente pessoaes, ou exceptuados por disposição do dicto auctor, ou da lei*”. Por último, previa o art.º 2014º: “*Os herdeiros sucedem em todos os direitos e obrigações do auctor da herança, que não forem puramente pessoaes, ou exceptuados pela lei, ou pelo dicto autor*”. Nesta perspectiva, tratando-se a fiança de uma garantia pessoal, determinar-se-ia a sua extinção após a morte do fiador, ficando os herdeiros deste como garantes pessoais apenas responsáveis pelas obrigações patrimoniais existentes no período de vida daquele.

Mas os argumentos desta corrente foram mais além.

Efectivamente, vê-se que outro dos seus fundamentos foi extraído a *contrario sensu*, do art.º 323º do CPP, no qual estabelece que se o fiador viesse a falecer, devem ser executados os seus herdeiros pelo valor prestado de garantia. Para além disso, defendia esta corrente que o legislador fez questão de determinar que a fiança prestada

“Curiosidades, Velharias e Miudezas Contabilísticas, Lisboa, 1970, p. 55. O actual CCom é apelidado de “Código Vieira Beirão”, em homenagem também ao seu mentor principal, de nome Francisco António da Vieira Beirão, aprovado por Decreto de 23 de Agosto de 1888, e entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1889; permanece até aos nossos dias, sendo considerado provavelmente o mais antigo ainda a vigorar.

⁵⁵⁵ Veja-se especialmente Ac. do STJ de 11 de 12 de 1942, *in* RLJ 76, 11; Ac. do STJ de 3 de Janeiro de 1942 (RT 60, 221).

⁵⁵⁶ Veja-se que o destino da fiança em caso de morte do fiador, pouco ou nada foi abordado pela doutrina na vigência do CS, com excepção de Silva Carvalho. Depois disso, de forma peremptória Vaz Serra veio a pronunciar-se sobre o problema.

em processo-crime se transmitia aos seus herdeiros, embora a regra geral fosse a intransmissibilidade da fiança⁵⁵⁷.

Contudo, estes argumentos não foram acolhidos pela tese que sustentava a transmissibilidade da fiança, tratando logo no começo por refutar o sentido retirado dos art.º (s) 703º, 1737º e 2014º, todos do Código de Seabra.

De acordo com esta segunda corrente, as expressões “*direitos e obrigações meramente pessoas*” levam-nos antes a inferir que a fiança se transmite aos seus herdeiros após o falecimento do garante. Afirmava ainda esta posição, que o art.º 323º do CPP nada acumula a fiança civil. Antes consideravam que a necessidade do legislador prever a transmissibilidade da fiança na disciplina penal sobreveio, unicamente, para se banir quaisquer dúvidas quanto à transmissão da fiança nestes moldes⁵⁵⁸.

Sobre o tema, Américo da Silva Carvalho considerou certo que a fiança constitui uma garantia pessoal e tal qualidade é-lhe concedida pela doutrina. Neste sentido, caracteriza-se assim pela existência “*de um terceiro que adstringe todo o seu património ao cumprimento da obrigação assumida pelo devedor principal*”⁵⁵⁹. Defende ainda este autor, que as expressões “*direitos e obrigações puramente pessoais*” previstas nos art.º (s) 703º, 1737º e 2014º, reportam-se a direitos inerentes à pessoa do seu titular sem qualquer valor económico, tal como os direitos de personalidade, caracterizados por serem irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis; pois de certa maneira se encontram vinculados ao reconhecimento da dignidade humana. Além disso, também enquadra nestes artigos direitos, não obstante revestirem natureza patrimonial e apresentam-se *intuitu personae*, como por exemplo, o direito a alimentos que se constitui apenas entre o alimentante e o alimentado, extinguindo-se com a morte do obrigado ou do alimentado.

A isso acresce Américo da Silva Carvalho, dizendo que pelo facto da fiança constituir uma garantia de carácter patrimonial e não se apresentar *intuitu personae*, faz com que não se enquadre nas expressões “*direitos e obrigações puramente pessoais*” constante dos art.º (s) 703º, 1737º e 2014º do CS. Assim, por essa razão, esta é transmissível aos seus herdeiros, tal como a solidariedade passiva e o aval. Por outro

⁵⁵⁷ Veja-se Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 48

⁵⁵⁸ Veja-se Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 51

⁵⁵⁹ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., pp. 51-53.

lado, afirma ainda o mesmo autor, que o art.º 323º do CPP em nada se aproxima com o problema da transmissibilidade ou não da garantia, prevendo-se nele somente que, morto o fiador, se o arguido não presta nova caução nem se conhece o seu paradeiro, a obrigação de fiança deve ser declarada vencida e, desse modo, executavam-se os sucessores do garante por uma obrigação vencida e não paga, correspondente ao montante pela qual a fiança tinha sido prestada⁵⁶⁰.

Diante do que agora se constata, conclui-se que este autor defendia a tese da transmissibilidade da fiança aos seus herdeiros, por não ser constituída *intuitu personae* e porque também a solidariedade passiva ou o aval são garantias pessoais e as obrigações destes transmitem-se aos seus sucessores. Com a mesma linha de pensamento, Vaz Serra considerava que “*Contraída pelo fiador a obrigação de garantir obrigações futuras do afiançado, esta obrigação transmite-se aos seus herdeiros, nos termos gerais, e não se lhe quis atribuir carácter pessoal, no sentido de intransmissível a esses herdeiros*”⁵⁶¹. Além do mais sustentava ainda demonstrar-se “*evidente a transmissibilidade da fiança*”; pois “*basta atentar a que a fiança é prestada para a garantia de outra obrigação, de modo que o credor seria prejudicado, e porventura gravemente, se a fiança se não transmitisse. Donde se conclui que o fiador, prestando sem restrição a fiança, contrai uma obrigação transmissível aos seus herdeiros, por se presumir que quer garantir a obrigação principal enquanto esta subsistir*”⁵⁶².

Quanto aos defensores da tese da transmissibilidade da fiança limitada as obrigações contraídas no período de vida do fiador, também achamos que tem as suas controvérsias.

Efectivamente, esta corrente, de certa forma, associou-se aos defensores da tese da intransmissibilidade da fiança, na medida em que defendia, que a fiança não se transmite aos seus herdeiros; no entanto, devem estes responder pelas obrigações afiançadas durante o tempo de vida do falecido. Assim, na opinião desta corrente, nada impedia que contra os ditos herdeiros pudessem valer as teses da transmissibilidade da fiança.

Ora, vale a pena, numa breve antecipação, aludir novamente que não existe no actual CC qualquer menção expressa sobre o destino da fiança após a morte do fiador.

⁵⁶⁰ Cfr., Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., p. 57.

⁵⁶¹ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 45.

⁵⁶² Vaz Serra, Fiança (Algumas Questões). Garantia de vícios na venda em execução, Separata do BMJ 95-96, Lisboa, 1960, p. 14.

Em qualquer caso, vistos os argumentos atrás referidos, devemos avançar sem delongas para a cabal e rigorosa resposta ao nosso subtema, de acordo com a posição tomada. Com essa finalidade sublinhamos mais uma vez que é essencial distinguir consoante as dívidas do devedor principal tenham sido constituídas durante o período de vida do fiador ou após a sua morte.

Diante de tudo o que foi dito, tem-se por certo que o sucessor, pelo advento da morte, passa a responder pelas obrigações do *de cuius* nos limites do que herda, não podendo ultrapassar o património adquirido na sucessão; ou seja, veda-se a inclusão do seu património pessoal.

Logo, parece-nos razoável que os sucessores do fiador sejam chamados a responder, dentro das forças da herança, por obrigações constituídas pelo devedor principal antes da morte do fiador, atendendo mesmo ao carácter patrimonial da vinculação fidejussória, tal como acontece com qualquer outra obrigação. Todavia, mesmo que as obrigações não estejam vencidas, estão constituídas e como tal os herdeiros devem responder pelo montante que o fiador estava obrigado.

Na realidade, o que tem continuidade é a responsabilidade de fiança, nos termos correspondentes com o limite do tempo de vida do fiador. Por essa razão, claramente estes sucessores só podem ser demandados até ao limite do acervo hereditário.

No entanto, a solução altera-se no caso de fiança *omnibus*. Nesta situação, mesmo que as obrigações sejam dominadas pelo fiador, mas ainda não estejam constituídas a data do seu falecimento, a cobertura em termos de responsabilidade fidejussória não se estende aos herdeiros. Aqui, se nos recordarmos, segue-se a orientação segundo a qual, as obrigações de cobertura decorrentes da fiança geral têm carácter *intuitu personae*; por isso, apenas se podem manter relativamente ao *de cuius*, não alcançado os seus herdeiros.

Em qualquer caso, alguma jurisprudência parece discordar desta tese. Efectivamente, o Ac. da RL de 27 de Janeiro de 2000 determina: “*Constituindo-se o direito de crédito após a morte dos fiadores, a obrigação decorrente do contrato de fiança não se extingue, nos termos do artigo 226º, nº 1 do C. Civil, respondendo a herança daqueles pelo pagamento das suas dívidas*”⁵⁶³.

⁵⁶³ Cfr. Ac. da RL de 27 de Janeiro de 2000; em sentido aproximado Ac. do STJ de 18 de Fevereiro de 2003; disponíveis em www.dgsi.pt, recolhidos em 07 de Julho de 2017. Assim, pouco se encontrou sobre a morte do fiador na jurisprudência nacional.

Visto este leque de posições, cabe porém acrescentar que a fiança é um direito de crédito acessório de um outro direito de crédito, do qual depende, justificando-se mesmo em função disso. Neste sentido, como já é sábio, tem como propósito proteger o credor, conferindo-lhe tranquilidade necessária para negociar da forma que achar mais conveniente. Diante de tal realidade, porém, o credor é visto como a parte mais fraca da relação fidejussória e, por isso, merecedor de maior tutela. No entanto, cabe lembrar que a natureza da fiança é de negócio de risco, já que o fiador pode ter de ser chamado a satisfazer a obrigação, caso o devedor principal não a cumpra, correndo depois por sua conta o esforço de reaver do devedor o que pagou. Nem assim, porém, a fiança não deixa de ter o seu “*calcanhar de Aquiles*”, já que constitui um negócio com vantagens e desvantagens para ambas as partes. Ora, colocados nesta posição, somos finalmente do entendimento que, com a morte do fiador, a situação altera-se e são os herdeiros deste, ao invés do credor, que merecem maior tutela, cuja vontade constitui elemento estranho à formação da complexa operação fidejussória. Por essa razão, justifica-se que estes assumam as obrigações constituídas até a data do falecimento do fiador, dentro das forças da herança, mas não têm a obrigação de assumir dívidas não constituídas à data da morte do *de cujus*.

Ocorre, desse modo, uma mudança a nível de um dos vértices do triângulo da operação fidejussória que origina a extinção da fiança. Consequentemente, se o credor é o beneficiário das vantagens da garantia pessoal, também deve ser este o responsável em assumir as consequentes desvantagens. Na verdade, este constitui o risco porque tem de passar ao utilizar o instituto da fiança para garantir o cumprimento da obrigação.

Entretanto, nada obsta que o credor possa criar diligências junto dos sucessores do fiador para que se possa constituir nova fiança, de modo a garantir a dívida existente⁵⁶⁴.

Por outro lado, também não se mostra acessível, do nosso ponto de vista e pelos motivos já expostos, uma vez prestada a fiança pelo garante pessoal, que se presuma ter este desejado mantê-la até a extinção da obrigação principal. Por isso, se transmite aos herdeiros. Porém, decididamente, a fiança jamais se presume em desfavor dos herdeiros, dada às consequências gravosas que poderão advir da sua continuação, até porque a vontade presumida não dispõe de qualquer base significativa que permita concluir pela transmissibilidade da fiança aos sucessores. Certamente, ao considerá-la dessa maneira,

⁵⁶⁴ Veja-se neste sentido, Januário Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 805.

de modo óbvio estamos a fazer uma interpretação extensiva da vontade do *de cujus* (*fideijussio est strictissimi jûris*).

Em suma, parece-nos ser esta a solução revestida de maior equidade contratual, caso contrário estaríamos perante uma arrepiante desvantagem em benefício do credor.

6. Possibilidade de aplicação da figura da alteração das circunstâncias ao contrato de fiança

I - A recente crise financeira mundial que “varreu” *Wall Street* e o sector bancário europeu, repercutiu-se negativamente na vida de milhares de cidadãos, arrastando-os para a incerteza do dia de amanhã. Daí que, a liquidez financeira dessas pessoas tenha sido fortemente abalada por motivos a elas alheios. Como consequência, deixaram de cumprir pontualmente os seus contratos e tiveram de recorrer à cessão da posição contratual por alteração anormal das circunstâncias. Por essas expressas razões, não obstante já ser um dos temas jurídico-privados mais versados pela doutrina portuguesa⁵⁶⁵, tendo em conta as suas dimensões, certo é que se intensificaram os debates em torno desta figura, hoje tema mais actual que nunca.

Apesar da figura da alteração anormal das circunstâncias não estar previsto no CS, uma corrente típica nacional, admitia a aplicação desse instituto^{566 567}. Vaz Serra no

⁵⁶⁵ A evolução histórica da figura pode ser confrontada em Luís Silveira. Veja-se, A teoria da imprevisão, Lisboa, 1962, p. 28 e ss.; Luís Alberto Carvalho Fernandes, A teoria da imprevisão no direito civil português, Lisboa, 1963, p. 164; Vaz Serra Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, in BMJ 68 (1957), pp. 303-322; Carneira da Frada, “Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs Contratos de Gestão de Carteiras”, in ROA, Ano 69 (2009), III/IV, pp. 660-674; António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 469 e ss.

⁵⁶⁶ Cfr., Guilherme Moreira, Instituições de Direito Civil Português, I, ob. cit., pp. 496-499; José Gabriel Pinto Coelho, Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, II, 1910, pp. 169-245; Barbosa de Magalhães, A teoria da imprevisão e o conteúdo clássico da força maior, Gazeta da Relação de Lisboa, 37, 1923, pp. 129-131. Estes autores admitiam a figura ainda na vigência do CS. Posteriormente surgiu Freire dos Santos, A teoria da imprevisão no direito privado, 1950, pp. 244-276; Cabral de Moncada, Lições de Direito Civil, 1957, p. 397; Vaz Serra, Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 8 e ss.; Luís Alberto Carvalho Fernandes, A teoria da imprevisão, ob. cit., p. 164.

⁵⁶⁷ Jaime Gouveia, Da Responsabilidade contratual, Lisboa, 1932, pp. 483-518; Cunha Gonçalves, Tratado do Direito Civil: Em Comentário ao Código Civil Português, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 531-534; Ricardo Lopes, A imprevisão nas relações contratuais, *Scientia Juridica*, 1951, vol. I, pp. 33-41; Reis Maia, Direito Geral das Obrigações, 1926, p. 476 consideraram a figura da alteração das circunstâncias como uma das modalidades do caso fortuito ou de força maior. Marcelo Caetano (Manual de Direito Administrativo, vol. I⁸, p. 567) e Alfredo Rocha de Gouveia (Do instituto da superveniência ou teoria da imprevisão nos contratos civis, 1958, RFDUL 5, p. 170 ss.), acolheram a teoria da imprevisão inspirados na jurisprudência francesa. Carvalho Fernandes, influenciado por Ferrara e Betti, defendeu a necessidade de modificar e extinguir o contrato, atingido por superveniências, por estas retirarem ao vínculo obrigacional a necessária base de cooperação social. Veja-se, A teoria da

seu Anteprojecto consagrou a figura da alteração anormal das circunstâncias num total de catorze artigos⁵⁶⁸. Também Carvalho Fernandes acabou por apresentar uma proposta articulada, que se aproximou bastante daquele Anteprojecto, apesar das inúmeras críticas tecidas⁵⁶⁹. Por parte dos tribunais portugueses houve uma aceitação fugaz do instituto da alteração anormal das circunstâncias na vigência do CS⁵⁷⁰.

Contudo, apesar de ser um instituto complexo, dominado por dúvidas e controvérsias e tomado, por primas repetidamente diferentes, foi introduzido no CC de 1966 como instituto jurídico-privado. De relevo na preparação do CC destaca-se o pensamento de Vaz Serra, no seu Anteprojecto, onde claramente se aproxima do que vem determinado no actual art.º 437º⁵⁷¹.

Ora, admitida esta realidade, consideramos não ser descabido levantar a hipótese de aqui se enquadrar a resolução ou modificação do contrato de fiança por alteração anormal das circunstâncias.

II – Nesta hipótese, parece-nos que a solução para este problema passa por determinar se os arts. 437º a 439º do CC se aplicam ao instituto da fiança.

Tomando isso em consideração, enuncia o art.º 437º do CC que a alteração anormal das circunstâncias em momento posterior à celebração do contrato, pode levar à sua resolução ou modificação, caso se verifiquem os seguintes requisitos cumulativos: as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível; causar lesão a uma das partes; resultar a exigência do

imprevisão no direito civil português, ob. cit., p. 89-91. Guilherme Moreira (Instituições de Direito Civil Português, I, ob. cit., p. 496) e José Gabriel Pinto Coelho (Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, ob. cit., p. 169), acolheram a Teoria da Preposição Windscheidiana. Para Guilherme Moreira: “[...] se dá ou pode dar a revogação dos negócios jurídicos, em virtude de circunstâncias pelas quais deixou de existir a situação de facto ou de direito que a conformação do negócio jurídico tal como resulta da manifestação táctica ou expressa da vontade, leva a presumir que as partes consideraram como elemento decisivo da vontade, no momento em que esta se manifestou para a constituição do negócio jurídico”, ob. cit., p. 497. Por sua vez, Vaz Serra, de modo directo, aceitou, imediatamente antes do surgimento do novo CC, a “base do negócio”, pensamento que da colaboração dos trabalhos preparatórios transitou para o objecto e deste para a lei. Todavia, Vaz Serra foi particularmente sensível ao papel da boa-fé como regra de aplicação geral no domínio dos contratos. Veja-se, Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 92-95.

⁵⁶⁸ Vaz Serra Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 92-95.

⁵⁶⁹ Luís Alberto Carvalho Fernandes, A teoria da imprevisão no direito civil português, ob. cit., pp. 241 e ss.

⁵⁷⁰ Cfr., STJ de 28 de Novembro de 1922, 1923, GRLx 37, 1923, pp. 141-143; STJ de 30 de Julho de 1926, RLJ n.º 59, 1926, pp. 142-152.

⁵⁷¹ Veja-se, Vaz Serra, Resolução ou modificação dos contratos, ob. cit., pp. 380-381.

cumprimento das obrigações assumidas de uma actuação contrária a boa-fé; que tal alteração não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato.

Quanto ao primeiro requisito, está em causa o circunstancialismo (base do negócio) objectivo em que as partes assentaram, também objectivamente, ao contratar. Como afirma Galvão Telles: “ [...] *são as circunstâncias que determinaram as partes a contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito ou pretendido fazer, em termos diferentes. Trata-se de realidades concretas de que as partes não tiveram consciência, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas; ou de realidades concretas de que tiveram consciência, mas convencendo-se de que não sofreriam alteração significativa, frustradora do seu intento negocial. Ou não passou sequer pela cabeça dos interessados que o status quo se modificaria: ou admitiram que tal ocorresse, mas em medida irrelevante. Aquela pressuposição ou esta convicção inexata tem de ser comum às duas partes, porque, se não se deu em relação a uma e ela se calou, deixa de merecer protecção*”⁵⁷². Diferentemente do erro, em que a base do negócio é unilateral, respeitando exclusivamente ao errante, na alteração anormal das circunstâncias a mesma é bilateral, respeitando simultaneamente aos dois contraentes⁵⁷³.

A alteração deve ser anormal, como se foi demonstrando trata-se de um requisito relacionado com a imprevisibilidade. A ideia subjacente a este pressuposto é a de que sendo a alteração normal, as partes poderiam tê-la previsto e acautelado, na conclusão do contrato, as suas consequências. Ao passo que uma alteração imprevisível implica que as partes não tenham pensado nela⁵⁷⁴.

⁵⁷² Inocêncio Galvão Telles, Manual dos contratos em geral, 4ª ed., ob. cit., p. 343 e ss. Para Antunes Varela, a lei não exige, ao contrário do que ocorre no *codice*, que a alteração seja imprevisível, mas o requisito da anormalidade conduzirá praticamente quase aos mesmos resultados. Cfr. Pires de Lima / Antunes Varela, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 437, pp. 413. No mesmo sentido, Vaz Serra, Anotação ao Ac. do STJ de 17 de Fevereiro de 1980, in RLJ, ano 113, p. 306 e ss. Muito recentemente, num estudo publicado nos “Cadernos de Direito Privado”, n.º47 Julho/Setembro 2014, da autoria do Professor Doutor Henrique Antunes “A alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos”, p. 13, na qual se pronunciou sobre a anormalidade ou excepcionalidade da alteração, afirmando: “*A alteração das circunstâncias relevante tem de ser anormal. Na doutrina, distingue-se a anormalidade da imprevisibilidade, acolhendo à resolução ou modificação do contrato alterações que, embora previsíveis, sejam excepcionais, anómalas. É o caso dos cortejos reais [...]*”.

⁵⁷³ Neste sentido Ac. do STJ de 28 de Maio de 2009; Ac. do STJ de 30 de Junho de 2009; Ac. do STJ de 10 de Janeiro de 2013; Ac. do STJ de 23 de Janeiro de 2014; Ac. do STJ de 13 de Maio de 2014, disponíveis em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Agosto de 2017.

⁵⁷⁴ Cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 556-557; no mesmo sentido Ac. do STJ de 18 de Junho de 2013, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Agosto de 2017.

Em suma, de acordo com estes dois requisitos, há de se reconhecer que o importante a aferir deve ser procurar as circunstâncias que integram a base do negócio na altura da celebração do contrato e não naquelas que resultam da má interpretação das partes, que desde logo podem levar ao erro. Com esta linha de distinção, só adquire significado a alteração das circunstâncias através da qual as partes fundaram a decisão de contratar, se ela for anormal e imprevisível, mesmo sendo resultante de acontecimento natural ou humano. Manifestamente, estes acontecimentos podem derivar de situações de natureza técnica, política, económica ou mesmo normativa.

Mas, note-se, necessariamente tal evento deve incidir sobre o contrato e não sobre a esfera particular das partes. Por conseguinte, ao afectar apenas as circunstâncias pessoais das partes, simplesmente elas caem fora do âmbito da previsão normativa. Efectivamente, devemos considerá-las como circunstâncias não enquadráveis no conceito de imprevisibilidade. Pretendeu-se, deste modo, excluir situações particulares como o casamento, o divórcio, o nascimento de um filho ou mesmo um acidente.

Assim, parafraseando Rodolfo Sacco, há de se admitir que qualquer evento extraordinário é genericamente previsível, no sentido de qualquer um de nós puder prever um conjunto de factos extraordinários que venham a acontecer daqui a uns dias ou daqui a 30 anos. Como diz o autor, chegou-se deste modo a uma visão mais segura, pois se faltasse ao homem essa capacidade de imaginação seria impossível o legislador elaborar as leis. E aqui, obviamente, diz ainda o autor, exige-se um grau de especificidade e da certeza da previsão que não nos é possível ter. Já assim não acontece, afirma o mesmo autor, se tivermos de saber exactamente a data de início de uma possível terceira guerra mundial, os países que se vão envolver, bem como a previsão de uma crise financeira mundial ou uma catástrofe natural⁵⁷⁵.

Contudo, quanto a nós, não é de excluir a possibilidade de se determinar certo facto; daí que este pode não ser imprevisível de maneira geral. Mas certamente ficam de fora as hipóteses fundadas em determinadas expectativas que até podem ser previsíveis. Assim, o que se tem em vista são condicionalismos não previsíveis e significativos para então se aplicar os termos consignados na alteração anormal das circunstâncias.

Depois, outro dos requisitos é a existência de uma parte lesada. Mas também, desde logo, apresenta-se necessário que o dano seja conhecido ou cognoscível da outra

⁵⁷⁵ Veja-se Rodolfo Sacco, *Trattato di Diritto Civile, IL Contratto*, vol. VI³, T. 2, UTET, 2004, p. 996.

parte, sendo mesmo imprescindível que origine desequilíbrio entre as prestações contratuais.

Nesta perspectiva, o cumprimento deve implicar um sacrifício para a parte lesada que vai para além do que esta poderia prever no momento da sua vinculação⁵⁷⁶.

Além do mais, a alteração anormal das circunstâncias para ser relevante, deve ser de tal envergadura que a exigência de cumprimento do contrato reconduz-se a uma actuação contrária a boa-fé. Deste modo, é necessário que o direito de resolução da parte lesada seja uma exigência da boa-fé, de acordo com o caso concreto e tendo em conta a finalidade do contrato. Assim, segundo Menezes Cordeiro, a aplicação do princípio da boa-fé vai possibilitar a determinação das circunstâncias que, a serem afectadas, desencadeiam todo o processo; vai ainda intervir na concretização do critério da anormalidade, no prejuízo verificado e na área em que se verificou o dano (ter em conta possíveis flutuações contratuais ou saber se se trata de um contrato aleatório) e do comportamento das partes (saber se as partes estipularam alguma solução para a alteração das circunstâncias)⁵⁷⁷.

Além disso, a alteração anormal das circunstâncias para ser relevante a lesão causada, não se deve encontrar coberta pelos riscos próprios do contrato; ou seja, a regra é a de que não há lugar à resolução ou modificação do contrato quando a alteração anormal das circunstâncias esteja compreendida na álea própria do contrato (dentro das suas flutuações normais ou finalidade). Pois, na verdade, o contrato envolve uma série de riscos inerentes ao seu tipo; todavia, se ocorre uma alteração anormal das circunstâncias, impõe-se averiguar se o risco se enquadra na álea daquele tipo de negócio celebrado. No entanto, alerta Menezes Cordeiro, este requisito não deve ser reduzido à ideia de que não cabe a revisão ou resolução, quando se dêem alterações dentro da álea que todo o contrato, ainda que em medida variável, sempre implica. Tal álea está já duplamente salvaguardada pelo n.º 1 do art.º 437º, pela normalidade da alteração e pela boa-fé, porque uma alteração compreendida na álea própria do contrato é uma alteração normal e em harmonia com os princípios da boa-fé. Com esta conformação, a ideia da lei é outra: *“trata-se de conferir, ao dispositivo do artigo*

⁵⁷⁶ Cfr. Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 557-558; no mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, “A concretização do artigo 437º do Código Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974”, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987, p. 67.

⁵⁷⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 558-560; no mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 67-69.

*437.º/1 natureza supletiva, perante o regime legal ou contratual do risco e, mais latamente, a todas as regras de imputação de danos. Por essa via, os contratos de risco ficam, m princípio, fora da alteração das circunstâncias”*⁵⁷⁸.

Ora, este aspecto levanta outra questão, relacionada com a delimitação temporal da eficácia da alteração das circunstâncias. Desde logo, avançamos com um exemplo: contrato de compra e venda e tendo havido cumprimento de parte a parte, será possível reabrir o processo contratual, com fundamento em modificações ambientais? Para Menezes Cordeiro a resposta é negativa, pois segundo este autor, a alteração anormal das circunstâncias só é eficaz durante a vigência do contrato. Por conseguinte, após o seu cumprimento, as superveniências que venham a ocorrer caberão dentro dos riscos próprios do contrato⁵⁷⁹. No mesmo sentido, Antunes Varela faz ver que: “ *a alegação da alteração das circunstâncias só é eficaz perante contratos pendentes, isto é, havendo, contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida. Depois do cumprimento, tudo quanto se alegue pertence aos riscos próprios do contrato* ”⁵⁸⁰. Porém, tal regra não pode ser absolutizada, pois a existência de expressa remissão ao instituto da boa-fé impede qualquer conceptualismo rígido. Com esta distinção, pode acontecer, fundado no caso concreto, que se possa ir procurar solução diferente, alterando os contratos já acatados, conforme menciona Menezes Cordeiro⁵⁸¹.

Por último, é também relevante afirmar-se nesta matéria, que a parte lesada encontrando-se em mora não goza do direito a resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias. Trata-se, de resto, uma situação prevista no art.º 438º do CC. Assim, mesmo que se reúnam os requisitos positivos acima referidos, a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato se não realizou a prestação no tempo devido, quando sob este quadro, ocorre a alteração superveniente das circunstâncias. A mera verificação do requisito negativo de mora previsto no art.

⁵⁷⁸ Veja-se António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 560-561; no mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 69-71.

⁵⁷⁹ Cfr., António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., pp. 560-561; no mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 70-71.

⁵⁸⁰ João Antunes Varela, Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, CJ VII, 1982, com colaboração de Henrique Mesquita, p. 9.

⁵⁸¹ Cfr., António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 561; no mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, ob. cit., p. 71.

438.º inviabiliza o recurso à alteração superveniente das circunstâncias⁵⁸². Sobre a questão também se pronunciou Antunes Varella e defendeu que se a alteração das circunstâncias for anterior à mora, nada obsta a que a parte lesada peça a modificação ou resolução do contrato, no entanto, quem se coloca em mora não pode aspirar qualquer protecção resultante de factos supervenientes⁵⁸³. Pensamos não existirem razões racionais para que assim não o seja, pois se a mora só se revela depois de tais circunstancialismos imprevisíveis, não se dispensa a possibilidade do impedimento na execução das obrigações resultar de tal anormal alteração.

Nestes termos, verificados cumulativamente os requisitos enunciados, o legislador confere a parte lesada o direito à resolução⁵⁸⁴ ou à modificação do contrato, mediante juízos de equidade, de forma a se alcançar uma decisão mais justa e adequada de acordo ao caso concreto. Porém, desde logo está aberta a possibilidade da parte contrária se opor ao pedido de resolução do contrato; neste caso, requerendo que aceite a sua modificação, segundo as circunstâncias especiais do caso concreto à luz do que for justo e razoável (n.º 1 e 2 do art.º 437º do CC). Assim, neste entendimento, caberá a parte lesada escolher se prefere a resolução ou a modificação⁵⁸⁵. Na verdade, isso

⁵⁸² Cfr., Luís Alberto Carvalho Fernandes, A teoria da imprevisão no direito civil português, ob. cit., p. 309 e ss.

⁵⁸³ Cfr., Pires de Lima e Antunes Varella, Código Civil anotado, I⁴, ob. cit., anot. ao art.º 438, pp. 415.

⁵⁸⁴ De todas as formas de extinção dos contratos, a resolução, também denominada de rescisão na doutrina mais avelada, é sem dúvida, a figura mais complexa. A sua raiz deriva da locução latina *resolutio*, de *resolvere*, que na ampla acepção significa destruir ou desfazer os efeitos do contrato. De modo a fixar uma noção, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que a resolução é uma declaração unilateral recipiendi ou recepticia pela qual uma das partes, dirigindo-se à outra, põe termo ao negócio retroactivamente, destruindo assim a relação contratual. E, desta maneira, só assim nos parece, de facto, possível tentar sustentar que a resolução é um remédio de que a parte dispõe para romper *ex tunc* o vínculo contratual. Mas uma nota interessa muito particularmente acentuar: este instituto é aplicável tanto nos contratos de execução instantânea como nos contratos de execução duradoura, decorrente do previsto no art.º 432º do CC. Sendo assim, os efeitos da resolução não variam, incidindo sobre os contratos de execução única ou sobre os contratos que se prolongam no tempo. Cfr. Teoria Geral do Direito Civil, 6ª Edição, Almedina, 2010, p. 772. Por outro lado, verifica-se, que a resolução ocorre sempre por meio de decisão unilateral, sem necessidade do acordo da outra parte. Mas como já se fez ver, não se dispensa o conhecimento efectivo por aqueles a qual se dirige, pois de contrário não é eficaz. No entanto, poderá falar-se ainda de outros aspectos. Por assim ser, a resolução caracteriza-se ainda por ser um acto condicionado, vinculativo e que opera retroactivamente. Há, por certo, um triplo critério nesta caracterização. Veja-se neste sentido, Vaz Serra, Resolução do Contrato, ob. cit., pp. 153-291 e p. 195 e ss. Antes de continuar, porém, talvez valha a pena recordar que a nossa lei optou pela resolução mediante simples declaração da parte (n.º 1 do art.º 436º do CC). Neste âmbito, tal declaração tem especial interesse porque marca o momento da mencionada resolução, mesmo que posteriormente haja necessidade de se recorrer ao tribunal para verificar se estavam reunidos todos os requisitos exigidos para que a resolução se efective, como sustenta Vaz Serra. Por outro lado, nada obsta que a resolução seja feita por acordo, mesmo que o direito tenha sido conferido apenas a uma das partes.

⁵⁸⁵ Veja-se neste sentido, José de Oliveira Ascensão, Direito Civil, Teoria Geral, vol. III, Relações e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, 2002, p. 203.

constitui uma incumbência conferida aquele que foi atingido pelos danos em vista de certas circunstâncias decorrentes da impossibilidade superveniente, total e definitiva, que tornam excessivamente onerosa a prestação.

No entanto, vozes se levantam a interrogar se a parte não lesada poderá opor-se à modificação, em detrimento da resolução do contrato? Ora, apesar do silêncio da lei, com muita propriedade Oliveira Ascensão, por força do princípio da conservação dos negócios jurídicos, aceita tal solução com o fundamento de que a ninguém pode ser imposto um contrato modificado. Com efeito, ou as partes chegam a um acordo quanto a modificação das cláusulas do contrato, que muitas vezes torna-se impraticável porque se perdeu a base do negócio em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível, ou então, em alternativa, optam pela sua resolução. É pois inviável a unificação das duas soluções⁵⁸⁶.

Paralelamente a isso, devemos também perguntar se a resolução tem efeito retroactivo. Ora, conforme refere a esse propósito o art.º 439º do CC, ocorrendo a resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias, aplicam-se as regras previstas no arts. 432º a 436º do CC. Sendo esta a posição da lei, logo a extinção do contrato tem efeitos retroactivos. Mas isso implica, necessariamente, que a retroactividade não deve contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução, como estabelece o n.º1 do art.º 434º do CC. Na verdade, nestas situações, parece utilizar-se na parte aplicável as mesmas regras da resolução por não cumprimento⁵⁸⁷.

E quanto à repercussão directa sobre o exercício do direito de resolução, o que se pode ainda dizer?

Desde logo, resolvido o contrato por alteração das circunstâncias, os seus efeitos apenas se produzem sobre as partes e não sobre os terceiros de boa-fé⁵⁸⁸. Nestes termos, o problema está no desvendar desta questão basilar, a boa-fé. Não é vã a invocação deste instituto, mas diante do caso concreto deve ser aplicada objectivamente para se determinar a resolução do contrato. No fundo, ao apelar-se a este princípio pretende-se criar ou proteger pessoas que não estão presentes no acto negocial; mas, sob

⁵⁸⁶ Cfr. Oliveira Ascensão, Teoria Geral, ob. cit., p. 204.

⁵⁸⁷ Defendeu Vaz Serra, que na situação de alteração das circunstâncias, bem assim nas situações de não cumprimento, o contrato é resolvido porque se destruiu a base do negócio. No primeiro caso, a parte não cumpriu a sua obrigação, ao passo que no segundo tornou-se excessivamente oneroso o cumprimento de uma das prestações. Cfr. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, ob. cit., pp. 293 e 371.

⁵⁸⁸ Veja-se, Vaz Serra, Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, ob. cit., p. 199.

qualquer aspecto, não podem ser prejudicadas nas suas vantagens ou nos seus interesses, quando o objecto desse acto ou desse contrato versa sobre algo que disso resulte.

Por último, toca referir que a doutrina e a jurisprudência portuguesa não têm sido unânimes quanto a interpretação do art.º 437º do CC. A questão reside no seguinte: se verificados os requisitos atrás enunciados, a parte lesada é ou não obrigada a recorrer ao tribunal⁵⁸⁹?

Em sede desta discussão, se destaca Vaz Serra, que argumenta no sentido de que a resolução pode não ser requerida judicialmente; basta, diz o autor, que seja declarada à outra parte. A isso não colocamos objecções. Aliás, mostra-se até possível tal declaração ser dispensável, no caso da alteração anormal das circunstâncias apresentar-se clara, sem dúvidas ou ambíguas averiguações⁵⁹⁰.

Mas o quadro não se esgota aqui, pois bem diferente é a posição de Almeida Costa. Diz este autor, que a resolução carece de ser requerida judicialmente⁵⁹¹.

Na nossa modesta convicção, de forma geral, a resolução por alteração anormal das circunstâncias não deixa de fazer parte da figura da resolução; logo está sujeita ao seu regime. Com esse ponto de vista, não nos parece haver qualquer inconveniente que a resolução por alteração das circunstâncias opere por meio de declaração à outra parte, ou seja, extrajudicialmente. Com respeito a doutrina oposta, acreditamos que a expressão “requerida a resolução” não pode ser entendida no sentido de a resolução ter de ser obrigatoriamente declarada em juízo. Aliás, estamos perante um direito potestativo extintivo, por isso mesmo não tem a parte lesada de requerer ao tribunal o exercício do seu direito. Na verdade, se há um direito potestativo, há correlativamente uma sujeição. A ser assim, não será possível impedir que surjam os correspondentes efeitos jurídicos.

⁵⁸⁹ A jurisprudência mais antiga exige que a resolução seja requerida judicialmente. Veja-se neste sentido, Ac. da RP de 2 de Novembro de 1989, CJ, ano XIV, T. V, p. 183; Ac. do STJ de 18 de Maio de 1993, CJ, ano I, T.II, p. 109. Ao passo que, a jurisprudência mais recente inclina-se no sentido da resolução poder operar mediante declaração à outra parte. Cfr., Ac. da RC de 19 de Abril de 2005; Ac. da RL de 19 de Maio de 2005, Ac. do STJ de 23 de Janeiro de 2014, Ac. do STJ de 3 de Abril de 2014, disponíveis em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Agosto de 2017.

⁵⁹⁰ Cfr. Vaz Serra, Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, ob. cit., p. 370; no mesmo sentido, Vaz Serra, Anotação ao Ac. do STJ de 6 de Abril de 1978, RLJ 111, 1979, p. 348; José de Oliveira Ascensão e Teixeira de Sousa, Opinião dada *in* Parecer (inédito) para o Processo n.º 1913/08-2 – Apelação de 13 de Abril de 2010 (João Proença), RP, 2ª Secção, p. 37; Calvão da Silva, Estudos de Direito Civil e Processo Civil, Coimbra, Almedina, 1996, p. 181.

⁵⁹¹ Cfr., Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 347, e n. 3.

Por essa razão, parece-nos que a via judicial reserva-se simplesmente às situações onde não se apresenta possível entendimento entre as partes.

III – Ora, chegados a este ponto, devemos referir que não existe na nossa lei qualquer preceito a estabelecer regras especiais para a resolução ou modificação do contrato de fiança por alteração das circunstâncias. Todavia, cremos não existir qualquer impedimento na aplicação do regime geral aos vínculos resultantes da fiança. Aliás, também se desconhece qualquer referência doutrinária ou jurisprudencial em sentido diferente. Porém, chama-se a atenção que em concreto a sua aplicação ao instituto da fiança apresenta-se muito reduzida, resultante das especificidades deste tipo de negócio, desde logo retratado como de perigo⁵⁹² e com a função de garantir o solvimento do respectivo crédito.

Na verdade, como já vimos atrás, o risco impregna a fiança, fazendo parte das suas características. De facto, reconhece-se esta conexão, pois ela constitui um negócio de perigo, sobretudo quando prestado por pessoas que não fazem disso a sua actividade profissional.

Atento ao desenvolvimento já exposto, parece-nos não ser de afastar que o fiador só deve apenas suportar os agravamentos resultantes de ocorrências normais que afectem a sua esfera jurídica. Desse modo, ao ultrapassar-se o risco contratual normal que as partes assumem como previsível do seu negócio, expressamente elas não são alterações anormais cobertas pelos próprios riscos contratuais. Neste ponto de vista, percebe-se que tais alterações imprevisíveis podem dar azo à modificação subjectiva da posição do fiador pela resolução do contrato de fiança, obviamente por se tornar impossível a sua execução, ou se tornar excessivamente onerosa para o fiador. Constitui esta também a posição de Januário da Costa Gomes. Segundo o seu raciocínio: “ [...] *há circunstâncias ou ocorrências posteriores à prestação de fiança cuja imprevisibilidade pelo fiador ou pelas partes não prejudica a operacionalidade e a execução da garantia, como sejam tipicamente as que se relacionam com a inesperada evolução negativa da capacidade económica do devedor ou de outros garantes. Isto significa que o requisito de que a exigência das obrigações assumidas não esteja coberto pelos riscos próprios*

⁵⁹² Falar em negócio de risco equivale falar em negócio de perigo, veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Estudos de Direito das Garantias, A Fiança no quadro das garantias pessoais, Aspectos do Regime, ob. cit., p. 24.

Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 765-772, onde refere

*do contrato, está à partida, colocada numa “fasquia” mais alta quando cotejado o caso da fiança com o do comum dos contratos”*⁵⁹³.

Justamente por tudo isso, parece inevitável concluir que a linha que separa os riscos próprios do contrato de fiança dos fundamentos que permitem a aplicação da doutrina da alteração das circunstâncias, é muito ténue. Contudo, cada caso é um caso e deve-se sempre ter em consideração as declarações prestadas pelas partes no próprio contrato de fiança, particularmente as declarações do fiador. Mas também é bem verdade, que devemos ter os “*pés firmes*” ao assumirmos a posição de fiador, já que os perigos são uma realidade que não pode ser recusada.

Por essa razão, devemos ver em seguida, a título de exemplo, como decorrem estas situações na prática. Para tanto, julgamos essencial apenas retractar os casos passíveis de aplicação da figura da alteração anormal das circunstâncias ao instituto fiança.

Pois bem, como é sabido, por vezes os bancos exigem a prestação de fianças por parte dos familiares mais próximos do devedor, normalmente recorre-se ao cônjuge (que muitas das vezes nem sequer trabalha), mas também acontece serem os filhos ou outros dependentes maiores, mesmo sabendo que estes não dispõem de qualquer património, nem qualquer rendimento pessoal que assegure o cumprimento da obrigação⁵⁹⁴. Isto porque, constitui o exemplo típico da doutrina para a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, a situação de fiança prestada por cônjuge do devedor, por exigência do banco (credor), para garantia de empréstimo para fins comerciais, vindo o casamento a ser desfeito após a constituição do vínculo fidejussório.

Ora, aqui coloca-se o problema de saber se estão ou não perante uma situação de alteração anormal das circunstâncias susceptível de permitir ao cônjuge-fiador resolver ou modificar o contrato.

O debate sobre a questão intensificou-se na Alemanha com o caso decidido pelo BHB, na S. de 05 de Janeiro de 1995, na qual se concluiu que a prestação de fiança por

⁵⁹³ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 821.

⁵⁹⁴ Michael J. Trebilcock e Steven Elliot, The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coertion in Family Financial Arrangements, in Peter Benson (coords.), The Theory of Contract Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 45-85, p. 59. Apontam que as garantias pessoais prestadas no contexto familiar representam um caso paradigmático, pois existe uma diminuição da liberdade, ou, no mínimo, o risco de uma diminuição da liberdade.

peças sem patrimônio “*não se destina exclusivamente a aumentar a massa de bens responsáveis, mas também a impedir deslocações patrimoniais e, através da inclusão de familiares próximos do creditado, a incrementar um maior empenho em economizar*”⁵⁹⁵. No caso em análise a fiadora não tinha qualquer formação profissional, nem dispunha de qualquer patrimônio, dedicava-se a cuidar da casa e dos filhos. Porém, o seu casamento entrou em crise e, conseqüentemente, esta divorciou-se do devedor. Posteriormente foi accionada e condenada a pagar parte da dívida; contudo a execução não teve qualquer sucesso. Em resposta ela reagiu contra o banco/credor, argumentando a nulidade da fiança por ser ofensiva dos bons costumes. Em sede disso, o tribunal, por um lado, considerou que a fiança pode ser nula por se verificar uma desproporção elevada entre o âmbito da vinculação e a capacidade de cumprimento do fiador que se vinculou por falta de experiência e sem qualquer interesse próprio; mas por outro, reconhece que é comum os cônjuges deslocarem o patrimônio para o companheiro, por razões de ordem fiscal e de responsabilidade patrimonial. Assim, face a este perigo que coloca o credor numa situação de não ver o seu crédito satisfeito, justifica-se a imposição que o cônjuge se vincule como fiador. Nestas circunstâncias, segundo o BGH, nas fianças de cônjuges sem patrimônio, o devedor e o fiador são tratados economicamente como apenas um devedor, para se evitar a transferência de patrimônio entre os cônjuges. Só assim a fiança constituída nestes termos, deixa de parecer um “*negócio sem fundamento*”. Ora, diante de toda esta argumentação, veio a final o BGH concluir que a fiança é ineficaz, visto que no caso em apreço se provou que a vinculação da cônjuge como fiadora foi para evitar deslocações patrimoniais. Com o divórcio entre o devedor e a fiadora, sem que no entanto tivesse ocorrido a transferência do patrimônio, não há como sustentar a referida fiança, porquanto as circunstâncias que sustentavam a sua eficácia já não existem. Assim, apontou o BGH como elementos relevantes para se poder modificar o contrato de fiança, além do tempo de duração da fiança, o significado económico do crédito para o garante⁵⁹⁶.

Nestes termos, parece-nos que a doutrina da alteração das circunstâncias não encontra dificuldade na sua aplicação aos casos de fiança prestada por cônjuge, quando accionada depois do divórcio, desde que o fiador não tenha qualquer interesse económico no crédito e apenas se tenha vinculado como garante por ser o próprio

⁵⁹⁵ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 808

⁵⁹⁶ Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 809-811.

cônjuge do devedor principal e assim, evitar-se deslocações patrimoniais entre o casal que acabam por colocar em causa a satisfação do direito de crédito. Efectivamente, com o surgimento do divórcio, os tradicionais pressupostos em que as partes se basearam para celebrar o contrato de fiança deixaram de existir. Assim, o que acaba de se dizer suscita a possibilidade de não se verem razões para a manutenção da fiança, se a situação patrimonial do devedor se mantiver a mesma.

No entanto, se a situação for inversa, ou seja, se ocorrer alteração do património, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ou improcede o pedido de resolução da fiança ou o banco opta pela modificação da garantia fidejussória, concordando, sublinhe-se, com uma diminuição da responsabilidade do fiador⁵⁹⁷. Ora, em termos de principais visões a considerar, parece dever admitir-se como convincente, que nas situações onde se provar que a condição de cônjuge do devedor principal foi causa de constituição da garantia, parece ser de se aplicar o instituto da alteração das circunstâncias; embora se tenha mencionado anteriormente que o divórcio não constitui uma alteração anormal das circunstâncias. A ser assim, em face dessa evidência, justifica-se a aplicação àquele instituto da doutrina da alteração anormal das circunstâncias.

Porém, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência alemãs, considerando o fim da garantia da fiança, afastam na sua maioria a possibilidade de aplicação do instituto da alteração anormal das circunstâncias à fiança; porém, são admitidas excepções, como vimos acima, mas com muitas reservas.

IV- Perante esta realidade, tem enorme relevância a posição tomada pela jurisprudência portuguesa relativamente ao divórcio do fiador casado com co-fiador da sociedade devedora.

Para tanto, devemos analisar um Ac. da RC de 20 de Março de 2002⁵⁹⁸.

Pois bem, no caso em referência, A em oposição a execução instaurada por B, requereu que fosse julgada e, quanto a si, extinta a dita execução, argumentando resumidamente que apesar de se ter constituído fiadora da sociedade executada C, só a prestou unicamente por ser mulher do executado D que era dono da sociedade C; entretanto divorciou-se de D e afastou-se definitivamente da sociedade, sendo este facto

⁵⁹⁷ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 822.

⁵⁹⁸ Cfr. Ac. da RC de 20 de Março de 2002, proc. n.º 2421/09.4TBVIS-A.C1, onde foi relator Manuel Capelo, visualizado em www.dgsi.pt, recolhido em 8 Agosto de 2017.

do conhecimento de B por aquele o ter informado; com isso pretendeu liberar-se da garantia fidejussória, ficando convencida que havia de o conseguir. Não obstante, a fiança extinguiu-se por caducidade, na medida em que A não participou nas renovações posteriores, as quais nem lhe foram comunicadas.

Nestes termos, o tribunal *a quo* considerou improcedente a oposição à execução. Inconformada A recorreu da decisão para a RC que considerou, entre outras matérias, que a questão a resolver seria a manutenção ou a extinção da fiança prestada por A.

Na verdade, entendeu este tribunal que nada obsta a aplicação da alteração anormal das circunstâncias ao instituto da fiança, pois não é aceitável que o fim da garantia fidejussória imponha ao fiador um grau de risco gravemente atentatório do princípio da boa-fé. Além disso, fez ver o douto Ac. que esta aplicação exige uma prudência acrescida, nomeadamente, que a aplicação do art.º 437º sobre a alteração ocorrida não deve estar coberta pelos riscos próprios do contrato de fiança. Considerou ainda o tribunal superior, que nada obsta que a fiança seja prestada por cônjuge do administrador da sociedade devedora e ele também fiador, pois tal justifica-se pelo eventual receio do credor no tocante às deslocações patrimoniais entre os cônjuges, revelando-se a possibilidade de enriquecimento por via hereditária ou mesmo a hipótese de pressão da dívida sobre o casal.

Por via disso, entendeu o tribunal superior que a circunstância de A se ter divorciado de D depois de ter prestado a fiança, não constitui alteração anormal das circunstâncias que leve à resolução na fiança nos termos do previsto no art.º 437º do CC, visto que em nenhum momento ficou demonstrado por A que foi nessa qualidade de cônjuge e, enquanto tal, que se obrigou na garantia fidejussória.

Assim, não ficou provado que só nessa qualidade ou condição A prestou a fiança.

Num outro Ac. da RC de 20 de Março de 2012⁵⁹⁹, tratou de apreciar outra situação sobre esta matéria.

⁵⁹⁹ Ac. da RC de 20 de Março de 2012, proc. n.º 2421/09.4TBVIS-A.C1, onde foi relator Manuel Capelo; no mesmo sentido, Ac. da RL de 21 de Fevereiro de 2013, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 8 Agosto de 2017.

No caso em apreço, X em oposição a execução instaurada por Y, requereu que fosse julgada e, quanto a si, extinta a dita execução, alegando resumidamente o seguinte, que apesar de se ter constituída como fiadora da sociedade executada W, só a prestou por ser cônjuge do devedor executado K que era administrador da sociedade W; porém, divorciou-se de K e afastou-se da sociedade. Entretanto informou a Y que se tinha divorciado e afastado da sociedade W. Com isso pretendeu desvincular-se da garantia fidejussória. Realizou-se julgamento e foi proferida sentença que julgou improcedente a oposição à execução, absolvendo Y do pedido. Inconformada a ex-cônjuge do devedor principal K interpôs recurso da decisão da primeira instância.

Nas suas alegações, X invocou o instituto da alteração das circunstâncias, afirmado que foi apenas na qualidade de cônjuge de K que ela prestou a fiança e que, entretanto, se divorciaram. Ora, considerou a RC que, no domínio da alteração das circunstâncias, não se tendo provado a condição de casada por parte de X fosse, no momento da prestação da fiança, parte integrante do contrato, o sobrevivendo divórcio não conduz à sua desvinculação da qualidade de fiadora. Assim, concluiu a RC que a circunstância de X se ter divorciado do devedor e administrador da sociedade W, depois de se ter vinculado como fiadora, não constitui uma alteração das circunstâncias que gere a resolução do contrato de garantia nos termos do art.º 437º do CC, uma vez que não ficou provado nos autos que foi nessa qualidade de cônjuge e enquanto o fosse que X se obrigou na garantia. Pelo que, considerou a RC quanto a essa matéria improcedente o recurso.

Como se vê, em ambos os Acs., anote-se, o cônjuge fiador não conseguiu fazer prova de que foi nesta qualidade e condição que se vinculou como garante. Por essa razão, parece-nos que a decisão da RC em não aceitar a aplicação do instituto da alteração anormal das circunstâncias foi a mais acertada. Porém, tal como acresce Januário da Costa Gomes, uma vez desfeito o casamento e mantendo-se a mesma situação patrimonial do cônjuge devedor, não faz qualquer sentido manter-se a garantia fidejussória; contudo, na eventualidade de ocorrer o inverso, de acordo com cada caso concreto, pode resultar a improcedência do pedido de resolução do contrato ou então optar-se por uma diminuição da responsabilidade fidejussória, através da modificação do contrato⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ Cfr., Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 822.

V – Neste passo, um outro dos problemas que se levanta passa por saber se, sendo a fiança *omnibus* prestada por sócio da sociedade, a sua posterior saída implica a extinção da fiança para garantia de obrigações futuras.

No Direito brasileiro a questão apresenta-se pacífica. Justifica a doutrina que a solução para esta questão encontra-se prevista no art.º 835º do CCB, no qual determina: “*O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor*”. Assim, a doutrina é unânime em considerar que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente e no sentido mais favorável para o fiador; desse modo, com a exclusão do sócio da sociedade poderá este exonerar-se da garantia que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação ao credor⁶⁰¹. Ou seja, para esta doutrina, o contrato de fiança tem carácter *intuitu personae*, razão pela qual, se a pessoa jurídica afiançada assume novo quadro societário, a garantia prestada resta descaracterizada, porque desaparece seu principal elemento, a fidúcia, justificando-se a exoneração da garantia prestada pelos antigos sócios. Nestes termos, o período de sessenta dias tem a finalidade de manter hígida a garantia por esse período e, entretanto, permitir que o credor obtenha novo fiador⁶⁰².

Do mesmo modo defende a jurisprudência brasileira. Sobre isso refere: “[...] *pesem os termos do art.º 835º do Código Civil, o pedido de exoneração da fiança pode ser realizado por ex-sócio da pessoa jurídica afiançada, pois, ao sair da empresa em cujo benefício prestou ele a garantia fidejussória, integrou-se a quebra do 'affectio societatis', independentemente de ter sido o contrato avençado por prazo determinado ou indeterminado. Contudo, o simples fato da perda, pelo fiador, da qualidade de sócio da sociedade empresária, não conduz automaticamente à exoneração da fiança e a liberação do fiador das obrigações assumidas. Para tanto, de mister é que, nos moldes do referido art. 835º, seja o credor cientificado formalmente da intenção exoneratória do garante do negócio jurídico, perdurando a garantia, após essa notificação, ainda pelo prazo de 60 (sessenta) dias, espaço de tempo pelo qual ainda permanecerá a*

⁶⁰¹ Cfr. Carlos Roberto Gonçalves, Direito civil brasileiro. Contratos e actos unilaterais, vol. III⁹, ed. Saraiva, 2012, p. 556.

⁶⁰² Cfr., Sílvio de Salvo Venosa, Código Civil Interpretado, 3ª ed., ed. Atlas, 2013, p. 832.

*vinculação obrigacional do fiador*⁶⁰³. No mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o seguinte: “A retirada dos sócios-fiadores do quadro da afiançada caracteriza quebra da *affecio societatis* e, conseqüentemente, perda da *fidúcia*, elemento essencial à garantia *fidejussória*, sendo, por isso, possível a exoneração, ainda que prestada em contrato por prazo determinado”⁶⁰⁴. Ora, fundamentam os referidos Acs. que o sócio quando presta fiança em benefício da sociedade, independentemente de ser prestada por tempo determinado ou indeterminado, o fez somente por existir esse vínculo com a pessoa colectiva; pois que, se não fosse essa a circunstância, por certo não prestaria tal garantia a desconhecidos. Sendo assim, quando um dos sócios sai da sociedade, claramente se deduz que ocorreu a quebra da vontade do sócio de permanecer na sociedade e, conseqüente, torna-se possível a exoneração da garantia outrora prestada, bastando, para tanto, uma notificação extrajudicial manifestando vontade de se desvincular da fiança, ou caso não seja suficiente, optar-se por recorrer à via judicial. Em suma, é do entendimento da jurisprudência que não pode a fiança subsistir à mudança do quadro societário sem que, expressamente, tenha o fiador concordado⁶⁰⁵.

No território nacional a questão não se apresenta pacífica, existindo soluções diversas tanto na doutrina como na jurisprudência⁶⁰⁶. Na doutrina, Henrique Mesquita defendeu: “sempre que um sócio de uma sociedade declare que garantirá, como fiador, o cumprimento das obrigações que a sociedade a que pertence venha a assumir no futuro, tal declaração deve ser interpretada mesmo que nela não se contenha essa restrição ou ressalva, no sentido de que a garantia prestada abrange apenas as obrigações que venham a ser assumidas pela devedora enquanto o garante for sócio dela”. Acresce ainda este autor, que tal só assim não será, se houver uma inequívoca manifestação de vontade no sentido de a declaração valer mesmo para as obrigações que

⁶⁰³ Veja-se, neste sentido, Ac. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 06 de Novembro de 2012. Porém, ainda na vigência do CC de 1916, o STJ brasileiro já defendia esta posição, fundamentada no art.º 1500º deste código, no qual determinava: “O fiador pode exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar”. Cfr. Ac. do STJ de 1983, disponíveis em www.jusbrasil.com.br, visualizados em 07 de Julho de 2017.

⁶⁰⁴ Veja-se, Ac. do TJ-MG de 28 de Setembro de 2011; no mesmo sentido, Ac. do TJ-RS de 07 de Abril de 2010; Ac. do TJ-RS de 22 de Outubro de 2009, disponíveis em www.jusbrasil.com.br, visualizados em 07 de Julho de 2017.

⁶⁰⁵ Ac. do STJ brasileiro de 28 de Fevereiro de 2008, disponível em www.jusbrasil.com.br, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶⁰⁶ Veja-se, Ac. n.º 448/07.0TBCBR-A.C2.S1 de 8 de Março de 2012, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 15 de Fevereiro de 2015.

a sociedade venha a assumir depois do sócio deixar de o ser, importando a cessação da qualidade de sócio a caducidade automática da garantia prestada⁶⁰⁷. Com este argumento, pensamos seguramente que essa deve ser a vontade real do declarante, porque só desta maneira pode advir o vínculo pela qual se mostra uma indicação fundada na manifestação clara da existência da dita obrigação. Em sentido próximo a esta posição, encontramos mais recentemente Evaristo Mendes; defende que: “*Em relação às garantias prestadas por sócios a favor dos credores da respectiva sociedade, afigura-se natural uma interpretação da declaração negocial no sentido de que os mesmos pretendem responsabilizar-se apenas pelas obrigações da sua sociedade, ou seja, contraídas por esta também no seu interesse, enquanto membros ou titulares da participação social na mesma*”⁶⁰⁸. Argumenta este autor, que: “*Esse parece-me, de facto, o sentido que, plausivelmente, lhe dará um declaratório normal colocado na posição do beneficiário*”⁶⁰⁹. Acresce ainda o referido autor que a perda da qualidade de sócio só afectará a subsistência da fiança relativamente a uma nova obrigação constituída, se à data da constituição o credor tinha conhecimento da perda da qualidade de sócio⁶¹⁰. Ora, para este autor a caducidade do contrato de fiança não opera automaticamente; mostra-se imprescindível que o garante informe ao credor que perdeu a qualidade de sócio para se desvincular, ao contrário da posição defendida por Henrique Mesquita. Este como já vimos, defende que a caducidade da fiança prestada acompanha a cessação da qualidade de sócio, o que leva a crer que a caducidade do contrato de fiança ocorre automaticamente.

Porém, não é esta a posição da jurisprudência portuguesa, que se orienta no entanto unânime no sentido de que a perda das qualidades de sócio ou de gerente por parte do fiador não determina a caducidade da fiança prestada, desde que a sua subsistência se não mostre condicionada à manutenção de qualquer daquelas qualidades⁶¹¹. Esta posição também é defendida por Menezes Cordeiro⁶¹².

⁶⁰⁷ Henrique Mesquita, Fiança, ob. cit., p. 27.

⁶⁰⁸ Evaristo Mendes, Garantias Bancárias, Natureza, in RDES XXXVII, 1995, pp. 457-458.

⁶⁰⁹ Evaristo Mendes, Garantias Bancárias, ob. cit., p. 458.

⁶¹⁰ Evaristo Mendes, Garantias Bancárias, ob. cit., p. 458.

⁶¹¹ Veja-se, Acs. da RL de 7 de Outubro de 1986 e de 1 de Outubro de 1992, Ac. do STJ de 10 de Outubro de 1993, in CJ, XI, IV, p. 79, XVII, IV, p. 163 e CJ, STJ, I, III, p. 122; e ainda o Ac. do STJ de 3 de Fevereiro de 1999, in CJ/STJ – 1º/75; Ac. do STJ de 30 de Setembro de 1999, in CJ/STJ – 3º/48; Ac. da RC de 19 de Outubro de 1999, in Col. 4º/37; Ac. da RP de 9 de Maio de 2005; Ac. RC de 29 de Março de 2011; Ac. da RG de 29 de Setembro de 2017, in www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

Num Ac. da RC de 29 de Março de 2011, fez-se ver relativamente ao caso concreto que, ao abrigo da liberdade contratual e da plena autonomia da vontade, é possível às partes terem deixado consignado no negócio jurídico que as fianças prestadas o eram exclusivamente na condição de sócios da sociedade devedora e que as responsabilidades de fiadores cessariam com a perda dessa qualidade. Porém, não é plausível que se defenda que a perda da qualidade de sócio pelo fiador da sociedade é fundamento para a extinção da fiança quando o teor das cláusulas contratuais ou a prova feita sobre a contratação das partes não permita concluir que foi isso que elas quiseram ao contratar⁶¹³. Todavia, num Ac. do STJ de 8 de Março de 2012, ficou decidido que: “Constituindo-se o gerente de uma sociedade como fiador da mesma ao ceder as respectivas quotas e abandonar a gerência, nem por isso cessará em princípio aquela qualidade de garante, o que, a suceder, produzirá apenas efeitos ex nunc”⁶¹⁴.

No entanto, Januário da Costa Gomes vai mais longe e procura uma solução eclética ao afirmar que a resposta para o problema passa por recorrer às regras de interpretação do negócio jurídico. Assim, afirma este autor, a resposta a esta questão passa certamente pela interpretação do contrato de fiança, particularmente as declarações do fiador. Nas situações em que as declarações das partes não apontem num determinado sentido, não é razoável que a cessação da qualidade de sócio mantenha como regra, incólume a fiança, pelo menos nos casos comuns. Na sequência, sustenta o autor que, por regra, não se mostra razoável uma interpretação segundo a qual os sócios queiram responsabilizar-se pelas dívidas da sociedade para lá do momento em que deixem de ser sócios dela, ou seja, participantes do seu capital social⁶¹⁵.

Porém, também não se apresenta razoável defender: “que a estrita cessação da qualidade em que o fiador interveio – seja ele de sócio, de sócio-gerente ou até simplesmente de gerente – determina a extinção da fiança, por caducidade, deixando de estar cobertos pela mesma os créditos entretanto constituídos. Nesta lógica, poderíamos chegar à singular e bizarra situação de o banco continuar a conceder crédito à sociedade, “fiado” na subsistência das fianças, quando entretanto os fiadores

⁶¹² Cfr., *In* Colectânea de Jurisprudência, Ano XVII, 1992 – 3º/55 e ss..

⁶¹³ Cfr. Ac. da RC de 29 de Março de 2011, onde foi Relator Manuel Capelo, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶¹⁴ Cfr. Ac. do STJ de 8 de Março de 2012, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶¹⁵ Veja-se Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 825.

*já abandonaram, na sua maioria, ou mesmo na totalidade, “o palco social”*⁶¹⁶. No entanto, concludentemente, parece-nos não se mostrar razoável que a cessação da qualidade de sócio conduza a extinção da fiança por caducidade, quando o credor até desconhece a perda da qualidade de sócio do fiador; ou seja, por uma questão de equilíbrio contratual, não pode haver uma extinção automática da fiança. Nestes casos, sendo a garantia fidejussória um contrato celebrado entre o credor e o fiador, nada mais razoável que o fiador comunique ao credor a saída da sociedade, bem como o intuito de deixar de ser fiador.

Entretanto, ao tocarmos este ponto, haverá que versar a problemática da fiança *omnibus*, um tipo de garantia que se generalizou em virtude do incremento da actividade comercial e do crescente recurso ao crédito; tornando-se um modo expedito para simplificar a sua concessão. Por conseguinte, nestas situações a flexibilidade da garantia pessoal surge como a forma preferível face à natureza um tanto rígida das garantias reais⁶¹⁷. Quanto a essa prestação, como defende Januário Gomes, tratando-se de fiança *omnibus*, com ou sem limite máximo como relação douradora que é, a cessação da qualidade de sócio pode constituir fundamento de resolução do contrato de fiança pelo fiador, quando se mostre que a manutenção desta vinculação fidejussória acarretará riscos acrescidos e não domináveis pelo fiador. A resolução que naturalmente deve ser comunicada ao credor, deve associar-se apenas a uma eficácia *ex nunc*⁶¹⁸. Cumpre, todavia, notar que de acordo com o princípio da boa-fé, a vinculação do fiador deixa de ser exigível nestas situações.

Ora, em virtude de tudo isso, cabe tomarmos posição quanto ao problema do destino fiança prestada por sócio, após a cessão dessa qualidade.

A esse respeito, começamos por reafirmar que somente partindo da via da interpretação do contrato de fiança, se poderá perceber o que as partes quiseram constituir com esta fiança. Mas devemos esclarecer que às interpretações as declarações de assunção de risco devem ser feitas de modo estrito. Portanto, ao abrigo da liberdade contratual e da plena autonomia da vontade das partes, é sempre possível demonstrar que a fiança prestada resulta exclusivamente da condição de sócio da sociedade

⁶¹⁶ Veja-se Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 825.

⁶¹⁷ Cfr. Calvão da Silva, Estudos de Direito Comercial, ob. cit., 332 ss; Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 465; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantias de Cumprimento, ob. cit., p. 87.

⁶¹⁸ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória, ob. cit., pp. 825 – 827.

devedora e que as responsabilidades do fiador cessam com a perda dessa qualidade. Caso, porém, não haja semelhante cláusula no contrato de abertura de crédito, surge então o dever de se efectuar uma interpretação da declaração fidejussória. Porém, na ausência de certificação probatória em contrário, legitima concluir que a interpretação válida e consistente nestas situações seria o facto de qualquer sócio que preste fiança à sociedade em que está inserido, apenas deseja ser responsável por esta enquanto detiver essa qualidade. A ser assim, obviamente, com a perda da qualidade de sócio deixa de responder pelas obrigações da sociedade. Parece-nos, efectivamente, ser este o sentido que um declaratório normal dará, uma vez colocado na posição do beneficiário. Além de que, é a solução que melhor assegura a liberdade contratual e a exigência do cumprimento pontual dos contratos. Mas, se a interpretação do contrato ou prova feita levar-nos a concluir que o término da qualidade de sócio não conduz a sua desvinculação como fiador, cremos então que a fiança terá a mesma extensão temporal da obrigação principal, justamente nos termos do art.º 651 do CC. Todavia, note-se que pode sempre o fiador fundamentar que os riscos da fiança agravar-se-ão de tal forma que podem ultrapassar os riscos normais deste tipo de negócio e que isso impossibilitará a manutenção da garantia. Nestes termos, pode exigir a sua liberação. Porém, é razoável a exigência do garante comunicar o credor da sua saída da sociedade e mesmo a própria intenção de se desvincular como fiador.

Mas, como ocorre isso na prática. Para um estudo correcto devemos socorrer-nos da jurisprudência.

Neste contexto, então, devemos olhar para um Ac. da RC de 29 de Março de 2003, no qual se debruçou sobre a perda da qualidade de sócio do fiador⁶¹⁹. No caso em análise, A opôs-se por apenso a execução contra si instaurada por B, alegando em síntese que, embora se tenha obrigado como fiador da sociedade C, no âmbito de contrato de financiamento celebrado entre este último e B em 29 de Novembro de 1991, ficou desobrigado por força da respectiva alteração contratual de 20 de Dezembro de 2012, na qual foi alterada a cláusula relativa à fiança, tendo as partes pretendido que A deixasse de estar vinculado à prestação da dita fiança. No entanto, já em 7 de Fevereiro de 1997 A havia cedido as suas quotas a outros sócios de C, motivo pela qual a alteração do contrato de financiamento, em 15 de Fevereiro de 2000, onde A já não

⁶¹⁹ Ac. da RC de 29 de Março de 2003, proc. n.º 448/07.0TBCBR-A.C2, onde foi Relator Manuel Capelo, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 17 de Fevereiro de 2015.

constava como fiador, motivou que a garantia apenas tivesse sido prestada enquanto sócio de C.

Por sua vez, argumentou B que A nunca se quis desvincular como fiador solidário e principal pagador do contrato de 26 de Novembro de 1991; todavia, apesar de não ter subscrito as alterações contratuais, A mantém-se vinculado nos termos da fiança prestada no contrato referido.

Logo depois, o tribunal *a quo* proferiu despacho saneador a considerar procedente a oposição por abuso do direito de execução da fiança em relação a A.

Contudo, B inconformado com a decisão dela apelou. Em consequência decidiu-se pela revogação da sentença impugnada, tendo-se ordenado o prosseguimento dos autos. Por via disso, realizou-se o julgamento e foi proferida sentença na qual decidiu julgar improcedente, por não provada, a referida oposição, com a consequente subsistência integral da acção executiva.

Porém, A apelou da referida decisão.

Na sequência, a RC determinou que não era o facto de A não figurar no elenco dos fiadores no documento de alteração, mesmo que nessa altura B tivesse conhecimento que ele já não era sócio, que faz concluir, por si só, a extinção da sua responsabilidade enquanto garante; mas antes saber de forma inequívoca, se essa não inclusão na lista de fiadores correspondeu a uma manifestação de vontade por parte de B em excluir A como fiador. Pelo que, não nos é permitido concluir com base nas provas juntas aos autos a manifestação de vontade de B de liberar A, pois nos documentos renovados pode este ter querido levar só em consideração os sócios que ainda não o eram na data de celebração do negócio, não implicando uma actualização dos fiadores. Por outro lado, também não se provou o conhecimento de B, sobre se A tinha saído da sociedade na data em que se alterou o contrato.

Do exposto, parece-nos que a solução proclamada pelo douto tribunal é de acolher.

Assim, no essencial, pensamos que se A tivesse dado a conhecer a B que deixaria de ser sócio, a não inclusão do nome de A no documento poderia ser considerada, segundo as regras da experiência comum, como uma resposta tácita de concordância pela liberação do fiador. Contudo, nada do que se ilustra ficou provado

nos autos; pelo contrário, B teve o cuidado de alegar que A nunca lhe apresentou qualquer pretensão de desvinculação.

Por isso mesmo, concluiu a RC que a desvinculação ou à intenção de desvinculação de A da fiança nunca foi comunicada a B e, quer pela interpretação dos dispositivos legais referentes a fiança quer pela prova feita nos autos, esta por sinal não impugnada, decidiu-se pela improcedência da apelação.

Esta posição acabou por ser definitiva e, efectivamente, imperativa, eliminando possíveis dúvidas anteriores.

VI - Diante do acima narrado, não se mostra despropositado equacionar se o avalista que perde a qualidade de sócio, continua a cobrir com o seu aval a relação de negócios estabelecida entre a sociedade subscritora da livrança e o credor.

Inicialmente, de forma a darmos uma resposta mais cabal ao problema, justifica-se abordar o regime do aval⁶²⁰, ainda que superficialmente, dada as similitudes com o instituto da fiança.

O aval⁶²¹ é regulado pela Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças “LULL” (arts. 30º a 32º e art.º 77º) e pela Lei Uniforme relativa ao Cheque “LUC” (arts. 25º a

⁶²⁰ No tocante à caracterização do aval como garantia, a questão não se mostra pacífica na doutrina. Veja-se que parte da doutrina qualifica o aval como garantia subjectiva destinada a caucionar o pagamento da letra, por parte de um dos seus subscritores; neste sentido, Ferrer Correia, Lições de Direito Comercial, vol. III, Letra de Câmbio, com colaboração de M. Paulo Sendim, J. M. Sampaio Caeiro, M. Ângela António Coelho, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975, pp. 206-207. Por sua vez, outra corrente qualifica o aval como uma garantia objectiva, destinada a caucionar o pagamento da letra *tout court* – o avalista não garante que o avalizado pagará, mas que o título será pago. Neste sentido, Paulo Melero Sendim, Letra de câmbio, vol. II, Universidade Católica Portuguesa, Edições Almedina, Coimbra, 1982, p. 748; Carolina Cunha, Letras e livranças: Paradigmas actuais e recompreensão de um regime, Coimbra, Almedina, 2012, p. 39 e ss. Dentro desta corrente, defende Filipe Cassiano dos Santos que: “O avalista que, por disposição da lei uniforme (art. 32.º, I) se obriga a pagar nos mesmos termos em que está obrigado um dos obrigados cambiários, assume, quando se obriga, uma dupla obrigação de garantia: ele não só responde como os demais obrigados, garantindo o pagamento da letra ou livrança pelo aceitante ou subscritor, como assume uma obrigação de garantia em sentido específico, porquanto garante o pagamento da letra ou livrança por um determinado obrigado, obrigando-se nos mesmos termos que ele”. Cfr. Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação – Anotação ao AUJ do STJ de 11.12.2012, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3980, Ano n.º 142, Maio/Junho 2013, p. 328. Para Januário da Costa Gomes: “O avalista não assegura que o avalizado pagará, mas sim que o título será pago; não participa da obrigação de outros, mas, ao invés, fá-la própria (...) a designação da pessoa a favor de quem se presta o aval tem tão só a finalidade de fazer assumir ao avalista uma responsabilidade cambiário de igual grau que a do avalizado”. Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/ Setembro 2013, p. 23. Veja-se também, o mesmo estudo em Temas de Direito Bancário II, Cadernos O Direito 9 (2014), pp. 13-39.

⁶²¹ Numa brevíssima observação, nota-se que a doutrina diverge sobre a verdadeira origem etimológica da expressão aval. Do ponto de vista de determinada posição, ela deriva dos termos franceses *faire valois* ou de *valor*; para outra corrente a palavra tem origem na expressão árabe *hawâla* que significa obrigação em garantia, embora se aponte a sua proveniência do termo italiano *avallo* que significa “ao

27º), ambos introduzidos pelo Decreto-Lei 23721 de 29 de Março de 1934, confirmado e ratificado por Carta datada de 10 de Maio de 1934. Este instituto configura uma garantia pessoal ligada às obrigações cartulares^{622 623}, mais precisamente as resultantes de letras, livranças e cheques. Porém, curiosamente, a lei portuguesa não nos proporciona nenhuma noção de aval, razão pela qual somos de nos apoiar nas definições dadas pela doutrina. Atento a tudo isso, Pedro Pais de Vasconcelos define o aval como: “ *O negócio jurídico cambiário unilateral e abstracto que tem por conteúdo uma promessa de pagar a letra e por função a garantia desse pagamento. O aval pode ser prestado por um terceiro ou por um signatário da letra, art. 30.º/2 LULL e tem de ser prestado a favor de um dos obrigados*”⁶²⁴. Seguindo esta ideia, consiste assim numa declaração cambial através do qual um terceiro ou mesmo um dos seus signatários se compromete a pagar um título de crédito nas mesmas condições do devedor desse título⁶²⁵. Ora, como logo se deixa ver, constitui uma garantia típica cambiária que não

pé”, “*em baixo*”⁶²¹. Veja-se para tanto, Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, Saraiva, 1988, p. 350. Ainda assim, inquestionavelmente se afirma que a origem e o desenvolvimento deste instituto surge ligado aos títulos de crédito, tendo este surgido no século XVII, a partir do momento que se tornou necessário reforçar a solvabilidade de tais títulos. Com efeito, as primeiras menções acerca desta figura foram encontradas numa obra em que foi autor “De Turri”, elaborada na primeira metade do século XVII, tendo posteriormente aparecido numa Ordenança francesa do Comércio Terrestre (1673) e no Código de Comércio francês (1808). Veja-se, Henri Lapeyre, Deux livres sur les changes. Annales, Économies, Sociétés, Civilisations, 10e année, n° 2, 1955, p. 240 e ss; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., p. 141.

Em território nacional o aval aparece regulado pela primeira vez no CCom de 1833. Posteriormente, o CCom de 1888 não deixou de fazer menção sobre a figura, embora entendida em ambos os códigos como fiança cambiária, no sentido em que o avalista seria garante da própria obrigação do avalizado, sendo-lhe aplicável o regime do CC desde que as disposições ali vigentes não contrariassem com a natureza cambiária do aval. Cfr. Paulo Sendim e Evaristo Mendes, Natureza do aval e a questão da necessidade ou não de protesto para accionar o avalista do aceitante, Almedina, Coimbra, 1991, p. 21 e ss.

⁶²² A cartularidade implica a materialização do direito no documento, ou seja, o direito não pode ser exercido sem a apresentação do documento. Portanto, cártula significa o direito que se apresenta sob a forma de título e sua apresentação é fundamental para o exercício do direito nele descrito. Cfr., Paulo Olavo Cunha, Cheque e convenção de cheque, Almedina, 2009, p. 208.

⁶²³ Quando entre dois intervenientes num título existe uma relação subjacente, é comum designar-se que a relação cartular é imediata; quando aqueles não estão ligados por uma relação subjacente, diz-se que a sua relação é mediata. Assim, são relações cartulares imediatas as que ligam o sacador (o que emite o título de crédito) e o sacado (banco responsável pelo pagamento do título), o sacador e tomador (beneficiário do título) e o portador antecedente e o subsequente (endossante e endossatário). Por outro lado são relações mediatas, as que opõem determinado sujeito a todos os outros que são intervenientes na circulação cambiária. Veja-se neste sentido, Paulo Olavo Cunha, Cheque e convenção de cheque, ob. cit., p. 208.

⁶²⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, Direito Comercial - Títulos de Crédito, ob. cit., p. 74, o mesmo autor, Direito Comercial - Parte geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito”, vol. I, Almedina Coimbra, (reimp. de 2011), 2017, pág. 339.

⁶²⁵ Discute-se na doutrina se o aval é uma obrigação autónoma ou acessória. Para José de Oliveira Ascensão o aval não é uma obrigação acessória, pois “[...] *se a obrigação se mantém, mesmo que a “obrigação garantida” seja nula por qualquer razão que não seja por vício de forma (art.º 32º/2º parágrafo) isso significa que não é acessória*”. Neste sentido, explica o autor que não existe qualquer

existe fora do título de crédito, e como tal pode ser dada por terceiro ou mesmo por um signatário do título (art.º 30 da LULL). Contudo, deve-se ter em conta que o avalista

contradição entre o previsto no parágrafo primeiro e segundo do art.º 32º da LULL. Na verdade, o primeiro parágrafo ao referir-se que o avalista é responsável da mesma maneira que a pessoa afiançada, está apenas a estabelecer uma medida objectiva da obrigação do avalista que é independente da realidade jurídica da obrigação do avalizado; a ser assim, a obrigação do avalista não é dependente da obrigação do avalizado, por isso não é acessória desta. Em suma, para o referido autor o aval funciona como uma garantia autónoma. Veja-se, Direito Comercial, vol. III, ob. cit., p. 172; a mesma posição defende Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., p. 132; em sentido aproximado parecem ser também as posições de Paulo Sendim e Evaristo Mendes ao afirmarem: “*O aval é, portanto, o acto jurídico cambiário pelo qual o seu autor garante aos destinatários de certa operação avalizada, em princípio na medida do valor que tipicamente corresponde a esta operação, e com independência relativamente aos demais signatários da letra, o pagamento desta [...], ficando pessoal e autonomamente responsável.* Referem ainda estes autores, que o facto do primeiro parágrafo do art.º 32º da LULL determinar que: “*O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada*”, não implica a acessoriedade do aval, uma vez que o parágrafo citado apenas mostra como é que o avalista responde sempre que haja recusa de pagamento, e não quando este responde. Cfr., A natureza do aval e a questão da necessidade ou não do protesto para accionar o avalista do aceite, ob. cit., p. 45. Mas, o quadro não se esgota aqui. Efectivamente, a diversidade do regime do aval, por um lado autónomo relativamente ao contrato base e, por outro, dependente deste último em termos formais, tem sido motivo de debate na doutrina pátria, pois além da corrente acima mencionada, existe outra defensora de que o aval tem a natureza de uma fiança, e tal como esta última se constitui como acessória da obrigação do avalizado, admitindo-se assim a possibilidade do avalista invocar em sua defesa as mesmas excepções que assistem ao fiador. Veja-se neste sentido, José Gonsalves Dias, Da letra e da livrança, ob. cit., p. 335 e ss., José Gabriel Pinto Coelho, Lições de Direito Comercial, As Letras, vol. II, Fascículo V, Lisboa, 1965, p. 6 e ss. Todavia, a doutrina maioritária é apologista de que o aval tem natureza híbrida, pois o parágrafo 2º do art.º 32º da LULL impede que esta figura possa ser qualificada como fiança, visto que a obrigação do avalista é autónoma, embora, não afaste a possibilidade de em certos aspectos do regime este instituto se considerar próximo da fiança. Vide Vaz Serra, RLJ 103 (1970-1971), p. 424 e ss.; Paulo Cunha, Da garantia nas obrigações, lições recolhidas por Eudoro Pamplona Côrte-Real, Vol. II, 1838-1839, p. 89 e ss. Ora, em nossa modesta convicção, de forma geral, o aval tal como a fiança apresenta-se como uma garantia pessoal, pois para além do património do devedor avalizado, existe o património de um terceiro, o avalista, que ficou responsabilizado pelo pagamento da mesma dívida. De todo o modo, ao inversamente da fiança, o aval não constitui uma obrigação acessória da dívida avalizada; muito pelo contrário, constitui um instituto que goza de certa autonomia relativamente ao contrato base. Mas importa perguntar nesta altura, se esta autonomia é total. Pois bem, partindo das correntes já expostas, arriscamos a considerar que o aval constitui-se formalmente acessório e materialmente autónomo; contudo, tal acessoriedade só se despoleta quando existem vícios de forma que afectam a obrigação avalizada; caso contrário o aval goza de total autonomia relativamente ao contrato base. Perante tal quadro, queremos com isso transmitir que a autonomia do aval diminui nas situações em que é permitido ao avalista opor as excepções derivadas da falta de forma do contrato base. Para tanto, cita-se a título de exemplo, a situação da obrigação avalizada se extinguir por ter sido constituída sem respeitar os requisitos de forma previstos na lei para esse efeito. E por consequência, nestas circunstâncias a obrigação do avalista não sobrevive, como de resto nos dizem os arts. 32º, II da LULL e 27º, II da LUC. Assim sendo, constata-se que o direito positivo limitou as hipóteses de defesa do avalista de maneira a resguardar a posição do credor. Ora, às voltas com este problema, mas sem ir mais longe, entendemos que o aval é um negócio de natureza cambiária que gera uma obrigação autónoma, centrada no adimplemento do título de crédito, e nunca na obrigação avalizada. Neste passo, o avalista não detém uma posição acessória em relação à obrigação garantida; tanto que a sua vinculação como garante se mantém mesmo que a obrigação do avalizado seja nula, excepto se se tratar de vício de forma, onde a autonomia da garantia deixa de ser total. Neste âmbito, o avalista não tem a mesma obrigação do avalizado, mas uma obrigação autónoma, com existência própria. A partir daqui, quando a lei determina que o avalista é responsável da mesma maneira do avalizado, quer apenas significar que o grau de responsabilidade do avalista é idêntico ao do avalizado. Neste sentido, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantias de cumprimento, ob. cit., p. 113 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, Direito Comercial, Títulos de Crédito, ob. cit., p. 74; Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., pp. 120-121; Mónica Jardim, A Garantia Autónoma, Almedina, Coimbra, 2002, p. 202.

não participa na circulação do título. Na verdade, a sua função é assegurar o cumprimento desse título, ou seja, garantir o pagamento da obrigação dos subscritores do referido título⁶²⁶.

No respeitante à forma, o aval é escrito no próprio título ou numa folha anexa e exprime-se pelas palavras “bom para aval” ou por qualquer fórmula equivalente, devendo ser assinado pelo seu dador, conforme se retira dos arts. 31º da LULL e 26º da LUC⁶²⁷. No entanto, convém dizer que o título deve indicar expressamente a favor de quem é prestado o aval. Se tal não acontece, entende-se que foi prestado a favor do sacador; ou seja, constando apenas a inscrição “bom para aval” sem designação expressa do beneficiário, presume-se que o aval foi dado a favor do sacador, como nos dizem os dispositivos anteriormente mencionados e o Assento do STJ de 01 de Fevereiro de 1966 que com dois votos vencidos ditou a seguinte doutrina: “*Mesmo no domínio das relações imediatas, o aval que não indique o avalizado é sempre a favor do sacador*”⁶²⁸. Porém, esta fixação de jurisprudência não convenceu, pois em vez de serenar a polémica em torno da questão, teve o condão de acender mais a discussão, com uma forte doutrina encabeçada por Vaz Serra, a considerar inaceitável o determinado pelo referido assento⁶²⁹. E, no sentido dessa doutrina seguiu alguma jurisprudência como o Ac. da RC de 25 de Outubro de 2005 que argumentou: “*Já no domínio das relações imediatas, não havendo terceiros de boa-fé a proteger, não faz sentido aplicar as regras específicas de que se revestem os títulos de crédito e que se destinam, fundamentalmente, a proteger a circulação desses títulos e a segurança dos terceiros de boa-fé, deles adquirentes. Desse modo, nas relações (imediatas) entre o sacador, o aceitante e o avalista é admissível a prova de que o aval foi dado a pessoa diferente do sacador, mais concretamente a favor do aceitante da mesma, e mesmo ainda nos casos em que tal vontade não encontre o mínimo de correspondência no texto*

⁶²⁶ Cfr., Menezes Leitão, Garantias das obrigações, ob. cit., p. 116.

⁶²⁷ Considera o Ac. do STJ de 03 de Julho de 2000, que devem ser qualificadas como de “*imediatas, as relações que se estabelecem entre o avalista do subscritor e o beneficiário, mesmo neste domínio a obrigação cambiária continua a ser literal e abstracta*”. No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 13 de Março de 2003, in CJSTJ, Ano VIII, Tomo II, p. 139 e ss..

⁶²⁸ Publicado no D.G. nº 44, de 22 de Fevereiro de 1966 e BMJ nº 154 – 131.

⁶²⁹ Vaz Serra, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 108, pp. 78-80; no mesmo sentido Ferrer Correia, Lições de Direito Comercial, vol. III, ob. cit., p. 212.

da lei, mas que tenha, na realidade, correspondido ao sentir das partes nele envolvidas”⁶³⁰.

Visto isso, é possível ainda perceber-se o seguinte: ao estabelecer-se que o aval deve ser escrito no próprio título ou em folha anexa, está-se a consagrar o princípio da literalidade⁶³¹, segundo o qual: “*para determinação da existência, conteúdo, extensão e modalidades do direito, é decisivo exclusivamente o teor do título; sendo assim, o título de crédito obedece rigorosamente ao que nele está contido*”⁶³². Deste modo, a literalidade assume especial relevância, pois somente o que está escrito no título gera efeitos jurídicos. Porém, tratando-se de títulos em branco a única forma de proteger quem se obriga em branco contra as consequências da literalidade é, justamente, que o título seja acompanhado de acordo que determine os termos do seu preenchimento⁶³³.

Além disso, por imposição do princípio da literalidade, o aval não pode ser condicional, ao contrário da fiança⁶³⁴; ou seja, não pode ficar subordinado a um evento futuro e incerto já que acaba por dificultar a circulação do próprio título de crédito. Ademais, o aval tem de ser puro e simples, pois a sua interpretação deve ser feita sem necessidade de recurso a qualquer outro documento. Ou seja, o portador do título mediante simples leitura, facilmente deve perceber quais os direitos que tem contra cada um dos signatários⁶³⁵. Adianta-se, por sua vez, que o avalista é responsável nos mesmos termos da pessoa por ele afiançada, como nos dizem o art.º 32º da LULL e 27º da LUC. Com esse fundamento, é fácil verificar que a obrigação do avalista tem o mesmo conteúdo e extensão da obrigação do avalizado. Além disso, dispõem ainda os artigos citados que a obrigação do avalista se mantém, mesmo que a obrigação que ele garantiu

⁶³⁰ Veja-se em, www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017. No mesmo sentido, Ac. do STJ de 14 de Outubro de 1997, *in* BMJ 470 – 637; Ac. do STJ de 9 de Maio de 2002, *in* CJ, Ano X, t. 2 - 16; Ac. do STJ de 29 de Outubro de 2010 de 2002; Ac. da RC de 25 de Outubro de 2005; Ac. da RP de 26 de Novembro de 2007; disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶³¹ Vide neste sentido, Ac. do STJ de 12 de Janeiro de 2010, Proc. n.º 2974 quando determina que “[...] o fim próprio, a função específica do aval é garantir ou caucionar a obrigação de certo subscritor cambiário”. Acrescentando ainda, que a regra segundo a qual o aval deve ser escrito no próprio título ou folha anexa, não é mais do que a consagração do princípio da literalidade; *in* www.dgsi.pt, recolhido em 10 de Junho de 2015.

⁶³² Maria Bernardete Miranda, Os títulos de crédito como documentos representativos de obrigações pecuniárias, 2006, p. 5, disponível em www.direitobrasil.adv.br.

⁶³³ José Manuel Vieira Conde Rodrigues, A letra em branco, Lisboa, 1989, p. 36.

⁶³⁴ Cfr. Ac. do STJ de 13 Abril de 2011, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶³⁵ Veja-se, Manuel de Andrade, Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1987, p. 361 e ss.; Ac. do STJ de 9 de Setembro de 2008, *in* Colectânea de jurisprudência do STJ, 2008, Tomo III, p. 28 e ss..

seja nula, excepto se a nulidade derivar de um vício de forma. Ou seja, o aval sobrevive mesmo que a obrigação garantida esteja infirmada de nulidade a não ser que esta advenha de vícios concernentes a formalidades exteriores. Assim, dentro desses pressupostos, parece-nos inegável que os vícios de carácter material que ferem o contrato base em nada influenciam o aval, não sucedendo o mesmo em relação aos vícios formais, porque não são removíveis⁶³⁶.

Por outro lado, tem sido ainda questionado se o aval pode ou não ser prestado sem determinação do montante da garantia, designadamente nas situações de se exigir a

⁶³⁶ Entende-se estar perante um vício de forma quando se nota a ausência de algum dos elementos necessários para que o título de crédito valha como tal. Sobre este aspecto, afirma José Gabriel Pinto Coelho, *“Temos de olhar aos requisitos de forma de que depende a obrigação que o aval deve garantir, às formalidades que a lei tenha estabelecido para o respectivo acto cambiário”*, em Lições de Direito Comercial, As Letras, ob. cit., pp. 38-41. Sobre o mesmo assunto, escreve António Ferrer Correia: *“Consideremos agora especialmente o caso do aceite ou do endosso em branco em que a assinatura não tenha a localização prescrita na lei: a aposição da simples assinatura do sacado no verso da letra (ou da livrança), a do endossante na face anterior do título, determinam a nulidade por vício de forma, respectivamente do aceite e do endosso: consequentemente, será nulo, nos termos do artº 32º, II, o aval prestado a qualquer destes signatários”*. Do mesmo modo, será nula a obrigação do avalista que se propuser garantir a responsabilidade de outro avalista que se limitou a pôr a sua assinatura no verso da letra ou no allongue. Na verdade, só se considera aval a aposição da simples assinatura do dador na face anterior da letra. Logo, no caso figurado, o primeiro aval será nulo por vício de forma e nulo, por consequência, o segundo”. Cfr. Lições de Direito Comercial, Letra de Câmbio, vol. III, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975, p. 217. Dentro destas considerações, devemos então entender que, se o aval resulta da simples assinatura do dador aposta na face anterior do título, promana da lei a sua validade, mesmo considerando tratar-se de um aval incompleto, por existir a presunção legal de que a assinatura é do avalista. Quer isso significar que o aval em branco para ter validade jurídica tem obrigatoriamente de ser apostado no lugar determinado na lei. No entanto, o aval completo pode ser escrito em qualquer lugar do título, mesmo na sua face posterior. Neste sentido, Ac. do STJ de 29 de Junho de 2004, in CJ, Ano XII, Tomo II, p. 123. Calçado nisso, explica-nos ainda Pinto Coelho, em sede da discussão do art.º 31º do texto da Comissão de Redacção, na sessão realizada em 01 de Junho de 1930, que o delegado italiano, Arcangeli, propôs que se alterasse o texto, de maneira a permitir considerar igualmente como aval simples a assinatura aposta no verso do título; caso contrário perderia o valor jurídico previsto na lei. Mas, o presidente da Comissão, o belga Vallée Poussin, manifestou-se contra essa posição, pois considerou ser intencional a adopção do princípio de que só a simples assinatura na face anterior do título é que constitui aval. Veja-se, Lições de Direito Comercial, As Letras, ob. cit., p. 57. Por sua vez, José Gonsalves Dias também se pronunciou sobre a questão e escreveu: *“Podemos, pois, concluir com certeza e tranquilidade, que o aval por simples assinatura, escrito no verso, é redondamente nulo e apenas válido o apostado na face anterior”*; e, concluiu o mesmo autor *“Só é válido o aval em branco por simples assinatura se for escrito na face anterior do título ou na do allongue. É nulo o aval em branco por simples assinatura, quando escrito na face posterior do título ou na do allongue. Ainda que seja para aval, a simples assinatura no verso tem de reputar-se necessariamente (por uma presunção que também é juris et de jure) como um endosso em branco, se essa assinatura não repugnar à cadeia dos endossos. E, assim, o aval em branco no verso transforma o avalista em endossante, como o endosso em branco no anverso transforma o endossante num avalista. Repugnando à cadeia dos endossos, a assinatura no verso nem é boa para aval, nem para endosso: portanto é nula. A nulidade do aval em branco, escrito no verso, subsiste nas relações imediatas por não ter a forma cambiária. O caso é semelhante ao de uma assinatura privada de válida forma (assinatura de chancela, a rogo ou de cruz”*. Cfr. Da Letra e da livrança segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial, ob. cit., pp. 422-423. Neste sentido, também decidiu o Ac. do STJ de 24 de Outubro de 2006, onde foi Relator Alves Coelho, na qual se fez ver que *“A assinatura no verso do título, sem menção de que é aval, mesmo no domínio das relações imediatas, retira àquela assinatura a natureza de obrigação cambiária e não responsabiliza o seu autor a título cambiário”*, in CJSTJ, ano X, Tomo I, p.147.

subscrição do título em branco por parte do devedor, previamente avalizado nessas condições. Tal modalidade é denominada de aval geral⁶³⁷. Na prática, a prestação desta garantia pelos sócios, sobretudo no seio da *praxis* bancária, são, na maioria das vezes, *conditio sine qua non*, para a celebração de contratos de financiamento, onde os credores pretendem alargar a responsabilidade aos sócios ou administradores da sociedade⁶³⁸. Em consequência, o banco poderá não só executar o património da sociedade como também o património pessoal dos sócios, dos gerentes ou administradores que avalizaram a obrigação contraída pela sociedade⁶³⁹. Nas palavras de Pestana de Vasconcelos, isto constitui: “ [...] *forte instrumento de pressão sobre os gerentes (ou administradores) da sociedade no que toca à gestão a realizar*”⁶⁴⁰.

Ora, no respeitante a fiança, a questão da indeterminabilidade foi objecto de tratamento no Ac. Uniformizador do STJ n.º 4/2001, de 23 de Janeiro de 2001. Na doutrina fixada é: “ *nula por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha*”⁶⁴¹. Porém, procuramos agora verificar se a referida solução se aplica *mutatis mutandis* ao aval.

Constitui facto assente que à admissibilidade de um aval geral sem determinação do seu montante e sem correspondente data de emissão, tem sido objecto de forte discussão tanto na doutrina como na jurisprudência.

Sobre a questão, se pronunciou Evaristo Mendes que começa por referir que existe alguma incorrecção na denominação, pois pelos seus termos o aval não é geral nem deixa de o ser, uma vez que: “*O avalista garante sempre o pagamento pontual do título tomando como referência típica uma dada operação cartular (saque, aceite, endosso). Como regra, os termos da sua garantia e correspondente responsabilidade*

⁶³⁷ Cfr. Menezes Leitão, *Garantias das obrigações*, ob. cit., p. 119.

⁶³⁸ Sobre a utilização na *praxis* bancária da letra e livrança, incorporadas com o aval prestado pelos sócios veja-se, Evaristo Mendes, *Aval e fianças gerais*, ob. cit., pp. 155-161; Carolina Cunha, *Letras e livranças*, ob. cit., p. 553 e ss.

⁶³⁹ Sobre a pluralidades de avals por um mesmo avalizado, cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, *Pluralidade de avals por um mesmo avalizado e “regresso” do avalista que pagou sobre aqueles que não pagaram*. Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Coimbra Editora, vol. III, 2007, pp. 947-978.

⁶⁴⁰ Veja-se Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, ob. cit., p. 123.

⁶⁴¹ Sobre a determinabilidade das obrigações no contrato de fiança, p. 26 e ss., do nosso estudo.

*afere-se por essa operação. O problema que é conhecido sob esta designação é, especificamente, um problema do aval em branco e da autorização geral de preenchimento e utilização do respectivo título*⁶⁴². Defende ainda este autor que: “[...] a declaração de aval aposta por um sócio num documento de livrança emitido em branco pela sociedade a que pertence não é juridicamente um aval, mas um pré-aval donde decorre uma vinculação jurídica preliminar, pré-cambiária, cartularmente incompleta, estando naturalmente sujeita a regras diferentes das que regem o aval cambiário”. E, nesta conformidade entende Evaristo Mendes que o pré-aval enquanto vinculação preliminar convertível em aval, carece de um objecto determinável, em conformidade com o disposto no n.º 1 do art.º 280º do CC; pelo que tal significa que precisa de ser acompanhado do pacto de preenchimento expresso ou tácito, com vista a permitir uma definição do seu objecto; ou seja, o requisito essencial para que seja admissível o “aval geral”, é este ter por base um pacto de preenchimento, na qual determine os termos do preenchimento do título. Com efeito, concluiu este autor que o negócio cujo objecto seja indeterminável é nulo nos termos do art.º 280º do CC⁶⁴³. Por sua vez, Carolina Cunha mostra-se perplexa pelo facto de a jurisprudência (restritiva) considerar inaplicável, *mutatis mutandis*, a doutrina do Ac. uniformizador n.º 4/2001 ao aval *omnibus* de uma livrança em branco, depois de preenchida. Apoiando-se numa asserção circular, para esta autora, o aval somente “existe” depois de preenchido o título; uma vez preenchido o título, já não “subsiste” qualquer indeterminação. Pelo contrário, o que está em causa, conforme afirma Carolina Cunha: “[...] é a função de garantia desempenhada pela própria subscrição em branco mesmo antes de o título vir a ser preenchido, e, por conseguinte, o risco intolerável constituído pela ausência de limites à incerteza do contexto em que a garantia é prestada. Ou seja, à semelhança do que é defendido quanto à fiança, também aqui deve avultar aquela “preocupação em proteger o dador de garantia face a uma dívida não abarcável”. Ora, em suma: “também a admissibilidade do aval omnibus não prescinde da verificação de concretos requisitos que nos permitam concluir que o avalista estava em condições de abarcar o alcance da sua responsabilidade – desde logo, porque do acordo de preenchimento constava um limite quantitativo à responsabilidade em que poderia vir a incorrer ou porque (devido ao exercício de funções de administração ou à titularidade de uma participação social maioritária na sociedade avalizada) se encontrava numa posição

⁶⁴² Cfr. Evaristo Mendes, Aval e Fianças Gerais, ob. cit., pp. 149 e ss.

⁶⁴³ Cfr., Evaristo Mendes, Aval e Fianças Gerais, ob. cit., pp. 149 e ss.

que lhe permitia controlar o fluxo de endividamento por si garantido”. Assim, defende Carolina Cunha: “*Caso estes requisitos estejam ausentes, o acordo de preenchimento é que permite ao credor completar o título para accionamento de todas e quaisquer responsabilidades contraídas ou a contrair, provenientes de qualquer operação ou título em direito permitidos*”⁶⁴⁴. No mesmo sentido, Pestana de Vasconcelos considera que esta modalidade de aval é de admitir quando ligada a um pacto de preenchimento do título acordado entre as partes. Este vem estabelecido no art.º 10º da LULL, aplicável também às livranças, nos termos do art.º 77º da mesma lei⁶⁴⁵. Para Menezes Leitão, o aval será de admitir nessas condições quando existe um pacto de preenchimento do título acordado entre as partes relativamente aos elementos essenciais em causa⁶⁴⁶.

Com efeito, o pacto de preenchimento mais não é que o acto pelo qual as partes ajustam os termos em que deverá ser definida a obrigação cambiária, tal como a fixação do seu montante, as condições relativas ao seu conteúdo, o tempo de vencimento, o lugar do pagamento, a estipulação dos juros⁶⁴⁷. Com efeito, não existe qualquer forma especial para a celebração do pacto de preenchimento, vigorando a regra da consensualidade prevista no art.º 219º do CC. Todavia, de forma a facilitar a prova da sua existência aconselha-se que seja celebrado na forma escrita⁶⁴⁸.

Do exposto, claramente se verifica que não é o mesmo regime aplicável a um aval prestado sobre um título preenchido e ao aval apostado sobre um título em branco⁶⁴⁹. A esse respeito, como bem refere Cassiano dos Santos, tal diferença é fundamental e não pode ser desvalorizada⁶⁵⁰, sob pena de se chegar a uma solução menos correcta. No tocante ao título em branco, as partes através do acordo que acompanha a entrega,

⁶⁴⁴ Carolina Cunha, Manual de Letras e Livranças, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 197-199; a mesm autora, em Aval e Insolvência, Almedina, 2017, p. 78 e ss.

⁶⁴⁵ Veja-se Pestana de Vasconcelos, Direito das Garantias, ob. cit., p. 123.

⁶⁴⁶ Veja-se Menezes Leitão, Garantias das Obrigações, ob. cit., p. 122. Nas palavras de Ferrer Correia, na falta de acordo estaríamos diante de uma livrança ou letra incompleta e não uma livrança ou letra em branco, Lições de Direito Comercial, Letra de câmbio, vol. III, ob. cit., p. 132.

⁶⁴⁷ Veja-se Ac. do STJ de 3 de Maio de 2005; Ac. da RP de 13 de Março de 2008; Ac. da RC de 22 de Novembro de 2011; Ac. da RC de 16 de Dezembro de 2015, in www.dgsi.pt, recolhido em 17 de Dezembro de 2017.

⁶⁴⁸ Veja-se, Pedro Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, Garantias de cumprimento, ob. cit., p. 82; no mesmo sentido, Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias, ob. cit., p. 123.

⁶⁴⁹ O art.º 10º da LULL tem implícita a admissibilidade da letra em branco que se estende a livrança por força do art.º 77º da mesma lei. No mesmo sentido, Carolina Cunha, Aval e Insolvência, ob. cit., p. 19 e ss.

⁶⁵⁰ Para Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação - Anotação ao AUJ do STJ de 11.12.2012, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3980, pp. 312 a 346, p. 318.

condicionam o seu preenchimento à verificação do incumprimento do contrato, ocorrência que se perfila não apenas futura, mas também meramente eventual⁶⁵¹. Aclara-se, que o título em branco é aquele que despido de todos os elementos essenciais à sua completa formação. Sendo acompanhado de autorização ou acordo de preenchimento e, note-se, pode ser completado.

Em ordem a isso, o aval em título completo o avalista conhece de antemão o valor que poderá ter de pagar e a data de vencimento do título. Já no aval em branco, o avalista não dispõe dessa segurança básica, pois não sabe previamente a quantia exacta que poderá ter de responder (embora possa ter uma ideia aproximada) e nem mesmo o momento que lhe pode ser exigido o pagamento (podendo, no extremo, ser incomodado muitos anos depois)⁶⁵². Portanto, o regime aplicável ao aval de uma letra ou livrança em branco, difere daquele previsto para o avalista comum, regime este que remete inapelavelmente para a vontade que o avalista em branco manifestou aquando da subscrição da letra e que o acordo de preenchimento tipicamente recolhe⁶⁵³. Assim, apenas se pode admitir que um documento incompleto venha a ser completado de modo a formar-se um título, quando nele contém todos os requisitos necessários, na eventualidade de existir na esfera jurídica de alguém o poder de preenchimento, que deve ser atribuído por aqueles que se vinculam em branco mediante um pacto⁶⁵⁴. Assim entendido, o acordo de preenchimento é fundamental à emissão de letra ou livrança em branco; sem ele o título não pode vir a ser completado⁶⁵⁵. Nesta senda, os critérios para

⁶⁵¹ Cfr. Carolina Cunha, Manual de Letras e Livranças, ob. cit., pp. 228-229; Carolina Cunha, Aval em branco e plano de insolvência, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 145, n.º 3997, Março/Abril de 2016, p. 208.

⁶⁵² Cfr. Carolina Cunha, Manual de Letras e Livranças, ob. cit., pp. 605-607; Carolina Cunha, Aval em branco e plano de insolvência, ob. cit., p. 209. Para Ferrer Correia, a emissão do título em branco, só por si: “*constitui um acto cuja gravidade se torna ocioso sublinhar*”. Lições de Direito Comercial, vol. III, p. 218.

⁶⁵³ Cfr. Carolina Cunha, Aval em branco e plano de insolvência, ob. cit., p. 209.

⁶⁵⁴ Cfr. Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., pp. 334-335; no mesmo sentido Filipe Cassiano dos Santos, Direito Comercial Português, Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 254.

⁶⁵⁵ Discute-se na doutrina se o preenchimento pelo portador carece ou não de autorização do subscritor da letra ou livrança em branco. Há quem defenda que a letra ou livrança pode ser preenchida pelo portador sem autorização do subscritor, pois parte do princípio que o poder de preenchimento deriva da própria lei uniforme e é automaticamente associada à aquisição do título por um portador; ou seja, defende esta corrente que existe um poder legal de preenchimento. No entanto, a doutrina maioritária é apologista que a admissão de um poder nestas condições, sem que esteja tipificado na lei, do qual decorreria a admissibilidade de vinculação unilateral, importaria a violação do princípio da taxatividade (art.º 456º do CC, apenas são admitidos os negócios unilaterais estabelecidos na lei). Justifica ainda esta corrente, que a exigência de que o título em branco para ser preenchido careça de autorização é a solução que melhor se adequa à moderna configuração social dos títulos de crédito à ordem e, em especial, da

se verificar se houve um preenchimento abusivo⁶⁵⁶ - discrepância entre o preenchimento do título e a vontade manifestada pelo avalista – importa conhecer o que se estabeleceu no acordo de preenchimento entre o credor e o avalizado, quer o avalista tenha ou não participado⁶⁵⁷. Porém, sublinha-se, tal como explica Pinto Coelho, que a emissão ou assinatura do título em branco determinam para o signatário um vínculo jurídico, mas não propriamente a constituição desde logo da obrigação cambiária⁶⁵⁸.

Por outro lado, o título incompleto é aquele que não subjaz um pacto⁶⁵⁹.

livrança. Em suma, conclui-se que o título cambiário que não contenha os elementos essenciais deve ser acompanhado da emissão de autorização ou pacto de preenchimento. Cfr. Pinto Coelho, Lições de Direito Comercial, ob. cit., p. 26 e ss.; Ferrer Correia, Direito Comercial, vol. II, ob. cit., pp. 131-132; Pedro Pais de Vasconcelos, Direito Comercial, Títulos de crédito, ob. cit., p. 62, Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 463; Cassiano dos Santos, Direito Comercial Português, ob. cit., pp. 254-255; Conde Rodrigues, A letra em branco, ob. cit., pp. 17 e 40-41; José A. Engrácia Antunes, Os Títulos de Crédito, Coimbra Editora, 2009, pp. 65-66; Carolina Cunha, Aval e Insolvência, ob. cit., 22 e ss.

⁶⁵⁶ O subscritor do título cambiário ao emití-lo confere ao portador, a quem o entrega, o direito de preenchê-lo de acordo com o convencionado. Assim, se ocorrer o preenchimento abusivo da letra e ela, entretanto, tiver sido transmitida a terceiro de boa-fé, a generalidade da doutrina entende que o subscritor não poderá opor a esse terceiro o acordo de preenchimento, salvo se este adquirir a letra de má-fé ou no momento da aquisição cometeu falta grave, como sustenta o art.º 10º da LULL e o art.º 77º da mesma lei no tocante a livrança. Veja-se neste sentido, José de Oliveira Ascensão, Direito comercial, III, ob. cit., p. 115 e ss.; Evaristo Mendes, Aval e a fiança gerais, ob. cit., pp. 149-169, p. 159; Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias, ob. cit., p. 124; Carolina Cunha, Manual de Letras e Livranças, ob. cit. p. 532.

⁶⁵⁷ Cfr. neste sentido, Carolina Cunha, Manual de Letras e Livranças, ob. cit. pp. 188-190. O avalista decide opor-se à execução, arguindo a inexistência do pacto de preenchimento; como é óbvio deixa de poder argumentar que o título foi preenchido de forma abusiva; pois, para que haja preenchimento abusivo é necessário provar a existência de um acordo no qual este foi desrespeitado na altura de se preencher o título. Nesta razão, claramente quem invoca a inexistência do acordo, não pode depois alegar que o título foi preenchido sem respeitar o acordado no pacto.

⁶⁵⁸ Cfr., José Gabriel Pinto Coelho, Das letras, I (Apontamentos coligados por João António de Oliveira Reborêdo), Livraria Portuguesa, Lisboa, 1939, p. 120. De acordo o entendimento de Ferrer Correia, tendo em referência às disposições da LULL: “*Pode, deste modo, uma letra ser emitida em branco; é óbvio porém, que a obrigação que incorpora só poderá efectivar-se desde que no momento do preenchimento o título se encontre preenchido. Se o preenchimento se não fizer antes do vencimento, então o escrito não produzirá efeito como letra, de harmonia com os artigos 1º e 2º*”. Lições de Direito Comercial, III, ob. cit., p. 134. Também José Oliveira Ascensão se pronunciou sobre a questão e defende: “[...] *a letra em branco continua a não produzir efeitos como letra*”, mais precisamente que a letra: “*só surge como título cambiário com o preenchimento*”. Direito Comercial, III, Títulos de Crédito, Lisboa, 1992, pp. 135-136. Para Paulo Sendim: “*A letra em branco, porque é incompleta, está em formação para vir, sendo preenchida, a tornar-se letra*”. Letra de câmbio, ob. cit., p. 234. Nesta senda, Januário da Costa Gomes refere que antes do preenchimento do título, estamos perante uma vinculação para aval cambiário, na prognose de que o título em branco possa ser completado e, assim passar para título de crédito. Veja-se, Temas de Direito Bancário. O in (sustentável) peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário revolving, ob. cit., pp. 25-26. Para Filipe Cassiano dos Santos: “[...] *na letra ou na livrança em branco com uma assinatura nela aposta para se constituir um aval, antes de a letra ou a livrança ser preenchida não há, em bom rigor, título sujeito ao regime especial do direito uniforme e, por isso, não há ainda obrigações e garantia cartular (isto é, aval): é que o título só se forma com o preenchimento do documento com os seus elementos essenciais e só aí surgem as obrigações cambiárias*”. Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação - Anotação ao AUJ do STJ de 11.12.2012, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3980, pp. 312 a 346, p. 318. No mesmo sentido, Carolina Cunha, Letras e Livranças, p. 637.

⁶⁵⁹ Neste sentido, Cassiano dos Santos, Direito Comercial Português, ob. cit., pp. 251-254.

Feita uma delimitação prévia, dentro da temática do aval, iremos agora responder a uma questão controvertida.

Com efeito, a questão está em saber se o avalista que perde a qualidade de sócio pode ou não se desvincular da garantia prestada.

Como se pode compreender nas operações de concessões de crédito por bancos a sociedades comerciais, é comum a prestação de garantias pessoais por parte de terceiros, normalmente os sócios. A prestação de garantias pelos sócios constitui uma forma de os sócios garantirem o recurso ao crédito da sociedade e, desta forma, prosperar na sua actividade social. Notoriamente, a prestação de garantias pessoais pelo sócio que não tem controlo sobre o grau de endividamento da sociedade e, consequentemente, da extensão da sua responsabilidade, chega a ser mais melindroso que a concessão de garantias nos contratos de mútuo, onde se encontra balizado o risco do garante, quer seja fiador quer seja avalista de livrança entre ao credor⁶⁶⁰. Portanto, apresenta-se usual nessas circunstâncias o banco-credor exigir a prestação de fiança por parte dos sócios da sociedade ou então a via de livranças em branco subscritas pela sociedade e avalizadas pelos sócios. Todavia, a situação não se apresenta pacífica quando o sócio posteriormente a concessão da garantia se desvincula unilateralmente da sociedade, mas continua vinculado ao cumprimento das obrigações decorrentes da prestação do aval. Contudo, isso não deixa de ser de certa forma uma realidade dramática, com o qual se têm debatido os tribunais.

Nesta sede, constitui facto assente que a denúncia é o modo típico de libertação nas relações contratuais duradouras celebradas por tempo indeterminado e, conforme afirma Antunes Varela: *“nas relações obrigacionais duradouras há a necessidade de facultar às partes os meios necessários para lhes pôr termo em certos casos, visto que o prolongamento indefinido do vínculo pode envolver uma limitação excessiva da liberdade pessoal ou da liberdade económica dos sujeitos da relação”*⁶⁶¹. Afigura-se de aceitação generalizada⁶⁶² que o contrato duradouro cujo período de vigência não fosse

⁶⁶⁰ Veja-se mais sobre a questão em, Januário da Costa Gomes, O in (sustentável) peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, ob. cit., p. 27.

⁶⁶¹ Cfr. Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, ob. cit., p. 82.

⁶⁶² Vaz Serra, Anotação ao Ac. do STJ, de 7-3-69, RLJ, Ano 103º, pp. 233-234; Baptista Machado, Do princípio da liberdade contratual, Anotação ao Ac. do STJ, de 7-12-83, RLJ, Ano 120º, p. 57 e ss.; Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, reimp. da 4ª ed., Coimbra, 2012, pp. 622-624; Januário da Costa Gomes, Em tema de revogação do mandato civil, Coimbra, 1989, p. 75; António Pinto Monteiro, Direito Comercial, Contratos de distribuição comercial, 3ª reimp., Almedina,

temporalmente limitável, implicaria a assunção de vínculos ilimitados, ou seja, perpétuos. Para evitar a perpetuidade ou a duração indefinida e ilimitada do vínculo, o ordenamento jurídico atribui aos contraentes o poder de denúncia; consequentemente, a admissibilidade de denúncia das relações contratuais obrigacionais de duração indeterminada é um princípio geral do nosso Direito⁶⁶³.

Portanto, daqui sobressai que todas as obrigações delimitadas no tempo estão fora do campo típico de aplicação da figura da denúncia. Logo, por esta razão, este mecanismo não pode operar como de extinção de qualquer obrigação cartular. Do exposto se conclui que sendo a obrigação do avalista uma obrigação delimitada no tempo, ficará fora do campo de aplicabilidade da denúncia⁶⁶⁴.

2009, p. 134; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. II, ob. cit., pp. 107-108; Pedro Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, ob. cit., p. 58 ss.

⁶⁶³ Nas palavras de Jorge Henrique da Cruz Furtado, a denúncia é uma manifestação de vontade revelada por um dos contraentes perante outro, com determinada antecedência, conforme os casos a comunicar, afastando-se a prorrogação legal que declara a cessação do contrato com a expiração do termo respectivo. Veja-se, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2001, p. 891. De todo o modo, impõe-se dizer que a denúncia do contrato resulta inelutavelmente de um negócio unilateral, bastando apenas a decisão de uma das partes. Cfr. Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 58 e ss. Na verdade, a denúncia é uma faculdade prevista nos contratos de execução continuada ou duradoura, como na empreitada relativamente aos defeitos da obra (art.º 1220º do CC), ou na compra e venda de objecto defeituoso (art.º 916º do CC), nos quais, em regra, as partes não determinam um prazo fixo de duração, parecendo, quanto a nós, que não precisa de ser justificada, embora excepcionalmente se possa exigir causa justificativa. Estas simples referências, entretanto, deixam perceber que apesar de não ter sido estabelecido um termo, não se aceita uma situação de imortalização da relação contratual, que em princípio fere o próprio Direito. Sendo certo, porém, que as partes podem exercer unilateralmente o seu direito potestativo de pôr fim ao contrato. Por outro lado, a denúncia caracteriza-se por não ter eficácia retroactiva, o que implica a não restituição de prestações já recebidas; ou seja, o contrato só se extingue para o futuro, embora se possam reconhecer situações excepcionais com interesse justificativo atendível, bastando apenas a referida comunicação prévia, sendo portanto uma declaração receptícia da vontade da parte. Convém ainda sublinhar que a denúncia se distingue da resolução e da revogação. Com efeito, a denúncia, ao contrário da resolução, não pressupõe a existência de fundamento legal ou contratual para a sua concretização. Neste caso, o exercício é livre. Além disso, uma vez efectuada a denúncia, as partes, por natural consequência, não têm o direito a restituição das prestações já recebidas. Já a resolução, comporta a exigência de fazer desaparecer tudo o que foi realizado anteriormente, como se jamais o contrato tivesse existido. Ao lado disso, também se afirma que a denúncia se distingue da revogação. Num simples confronto entre as duas figuras, é suficiente dizer que a denúncia, como já sabemos, é sempre unilateral e pode ser concretizada mesmo contra a vontade da contraparte. Nesta comparação, diga-se, por acréscimo, que a lei não regula a figura da revogação de forma genérica, apenas para certas situações e desfaz o que antes foi feito. Por sua vez, fica o entendimento de que a denúncia deve ser sempre accionada com um aviso prévio. Neste passo, ela deve ser exercida com a antecedência prevista na lei ou aquela estabelecida no próprio contrato. De todo o modo, em caso de silêncio, a parte que pretenda denunciar o contrato deverá fazê-lo com observância de um prazo razoável, respeitando assim, o princípio da boa-fé. Veja-se neste sentido, Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, 1, 1966/67, p. 212; Baptista Machado, *Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento*, ob. cit., p. 649; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. III, ob. cit., p. 335.

⁶⁶⁴ Filipe Cassiano dos Santos, *Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação*, ob. cit., pp. 316-318; Manuel Januário da Costa Gomes, *O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário revolving*, *Temas de Direito Bancário II*, ob. cit., p. 32.

Por outro lado, não se deixa de equacionar se, celebrado contrato de financiamento entre o banco e a sociedade, e emitida uma livrança em branco pela própria sociedade, subscrita por um dos sócios a fim de prestar um aval, actos esses acompanhados de um pacto de preenchimento, os vínculos assumidos pelo sócio sendo anteriores à formação do título, podem ser objecto de denúncia ou resolução até ao preenchimento pelo sócio. Noutras palavras, a questão prende-se em saber se o sócio que assinou na qualidade de avalista a livrança em branco e deu o seu acordo a que fosse preenchida no futuro, terá a possibilidade de, atentando ao facto de posteriormente deixar de ser sócio, desvincular-se unilateralmente do vínculo decorrente dessa subscrição até ao momento do preenchimento da letra ou livrança em branco.

A resposta a este problema conduz a uma questão prévia, que se centra no pacto de preenchimento. No caso, consiste em saber se a letra ou livrança em branco supõem necessariamente um pacto ou acordo de preenchimento, sem o qual não se torna possível a emissão em branco. Ora, conforme já verificado, o acordo de preenchimento é fundamental à emissão de letra ou livrança em branco; sem ele há um título incompleto e que não pode produzir efeitos nem pode vir a ser completado. Por outro lado, a exigência de que o título em branco para ser preenchido carece de autorização; esta constitui a solução que melhor se adequa à moderna configuração social dos títulos de crédito à ordem e, em especial, da livrança.

Em suma, se conclui que o título cambiário que não contenha os elementos essenciais legalmente estabelecidos, deve ser acompanhado da emissão de autorização ou pacto de preenchimento⁶⁶⁵.

Sobre o problema se pronunciou Cassiano dos Santos ao afirmar que, o ponto de partida não oferece dúvidas: *“como vinculações não cartulares submetidas ao direito comum, a subscrição para o aval em letra ou livrança e branco e o respectivo pacto de preenchimento, podem em abstracto ser objecto de resolução ou denúncia”*⁶⁶⁶. Ou seja, para este autor a subscrição de aval em letra ou livrança em branco e respectivo pacto de preenchimento são susceptíveis de denúncia a todo tempo, quando estabelecidas sem prazo. Porém, defende o autor que a ser possível a denúncia, esta não tem qualquer especial relação com a saída ou a permanência do sócio na sociedade, pois a

⁶⁶⁵ Supra p. 198, nota 655.

⁶⁶⁶ Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 343, 1ª coluna.

possibilidade de exercício dessa forma de extinção dos vínculos não tem, na vertente jurídica, qualquer conexão com essa circunstância. Pelo que, o fundamento para a denúncia é justamente a ausência de prazo. De qualquer modo, não existe qualquer obstáculo quando reunidos os pressupostos da denúncia, podendo esta ser exercida pelo sócio avalista que se desvinculou da sociedade. Nestes termos, à luz do direito comum, a denúncia desses vínculos extracartulares será possível se os vínculos não tiverem prazo, em obediência ao princípio geral da inadmissibilidade de vinculações indefinidas, desde que não tenha ocorrido a sua execução ou cumprimento⁶⁶⁷.

Porém, em termos práticos, a denúncia pode ser invocada em face do destinatário da autorização de preenchimento, extinguindo assim os poderes para preencher o título e caso o faça, não estaremos perante um preenchimento abusivo, mas antes em sede de um preenchimento sem poderes, que pode ser invocado não só pelo portador imediato como pelo mediato que recebeu o título em branco⁶⁶⁸. Assim, a denúncia vai impedir a formação lícita da letra ou livrança.

Para Januário da Costa Gomes, o que é passível de denúncia é o contrato de garantia pessoal atípica, na medida que tenha sido celebrado por tempo indeterminado (equivale a esta situação, a do contrato de crédito celebrado entre a sociedade e o banco por tempo determinado, mas automaticamente renovável, cuja não renovação não depende exclusivamente das partes no contrato de crédito, ou seja do banco e da sociedade). Admite-se assim, refere o autor: *“que, por interpretação do “conjunto” formado pelo contrato de crédito e pelo contrato de garantia seja possível concluir no sentido de que a este último são também aplicáveis os prazos clausulados para o contrato de crédito”*⁶⁶⁹. Noutras palavras, se da interpretação do contrato de abertura de crédito, conjugado com o contrato de garantia, for possível concluir que são aplicáveis a este último os prazos do contrato de crédito, pode o avalista nestas circunstâncias denunciar a garantia. Faz ainda ver este autor, que a denúncia não carece sequer do

⁶⁶⁷ Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 344, 1ª coluna.

⁶⁶⁸ Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 344, 1ª e 2ª coluna.

⁶⁶⁹ Veja-se, Manuel Januário da Costa Gomes, O in (sustentável) peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., pp. 33-34

pretexto da saída do sócio da sociedade, na medida em que se torne claro que a vinculação tenha sido assumida por tempo indeterminado⁶⁷⁰.

Indo mais longe, Cassiano dos Santos ao considerar que a denúncia do pacto ou da autorização só é possível quando não exista prazo, faz ver que o prazo pode resultar directamente do estabelecido no próprio pacto ou ser um prazo fixado para a relação fundamental – contrato de crédito celebrado entre o banco e a sociedade –, que se comunica ao pacto de preenchimento por força da interligação entre ambos os acordos ou até por este se encontrar incluído naquele. Em virtude disso, durante a vigência do prazo, não goza o sócio da faculdade de denunciar, pois o estabelecimento do dito prazo envolve implicitamente a vinculação de não extinguir o contrato antes do seu decurso⁶⁷¹. Defende ainda este autor: *“Mesmo que o prazo não se aplique formalmente ao pacto de preenchimento, ele estará normalmente implícito nele, conclusão a que se chegará pela ponderação da relação de interdependência que contrato e pacto apresentam, a qual permitirá a sua qualificação como contratos coligados e levará a que o prazo do contrato principal se estenda ao outro. Por regra, pois, o pacto terá uma vigência em linha com o contrato base que justifica a relação de garantia, vinculando o subscritor ou o avalista por todo esse prazo – com o que o poder de preenchimento se extinguirá apenas com ele e nos termos que dele decorrerem”*⁶⁷².

Porém, ao ser possível à liberação do ex sócio avalista mediante denúncia, os seus efeitos operam apenas para o futuro, o que implica a não abrangência das situações já constituídas à data da eficácia da denúncia⁶⁷³.

Por outro lado, não se deixa de questionar se na eventualidade de não ser possível a denúncia, pode o ex sócio avalista recorrer à resolução?

Para Cassiano dos Santos a saída do sócio avalista da sociedade não constitui causa de resolução do aval. Pelo que, não sendo causa legal, a regra é que a saída do sócio da sociedade somente constituirá justa causa de resolução das vinculações

⁶⁷⁰ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., p. 35.

⁶⁷¹ Veja-se, Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 344, 2ª coluna e p. 345, 1ª coluna.

⁶⁷² Veja-se, Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 345, 1ª coluna.

⁶⁷³ Cfr., Manuel Januário da Costa Gomes, O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., p. 32.

anteriores à formação do título, se tal fundamento constar especificamente no contrato. Assim, afirma este autor que: “*Dependendo, assim, a concreta possibilidade de resolução de uma estipulação contratual que acolha essa causa de resolução, impõe-se a fixação precisa no conteúdo do contrato, por interpretação*”⁶⁷⁴. Ou seja, em rigor, a saída do sócio da sociedade não constitui, por si só, justa causa de resolução; porém, a excepção resulta das situações que por via da integração da lacuna e da ponderação da boa-fé, se conclua que as partes não trataram o assunto porque não o figuraram no âmbito das suas previsões. Nestas circunstâncias, esta actuação conduz a que se considere incluída no contrato uma cláusula destinada à exoneração, por resolução dos vínculos, condicionada a que o ex sócio avalista ou mesmo a sociedade ofereça em substituição da garantia prestada, uma outra de valor equivalente. Contudo, só assim não o será se, por interpretação, se apurar uma vontade das partes noutro sentido⁶⁷⁵.

Assim, ao verificar-se a resolução pela saída do sócio avalista, não terá este efeito retroactivo em obediência ao determinado na parte final do n.º 1 do art.º 434º do CC. Todavia, impede o preenchimento do título com aquele sujeito avalista. No entanto, nas situações em que a resolução não se mostra possível, o avalista está vinculado a ver o título preenchido nos termos estabelecidos no pacto ou na autorização de preenchimento, até ao prazo estabelecido directa ou implicitamente⁶⁷⁶.

Para Januário da Costa Gomes, na eventualidade de não se encontrarem reunidos os pressupostos da denúncia, *maxime* quando se trata de uma relação duradoura por tempo indeterminado, nada obsta a convocação e a aplicação da resolução, porém com efeitos *ex nunc*. Tal se justifica já que: “*a priori, poderá ser inexigível a continuação da vinculação como garante relativamente a novas situações de dívida, quando o avalista deixa de ter interesses na sociedade enquanto sócio, tendo sido este – o de sócio – o status determinante do aval em branco*”⁶⁷⁷. Em certa medida, Januário da Costa Gomes refuta a posição de Cassiano dos Santos, para quem, em princípio, a perda da qualidade de sócio não constitui justa causa de resolução, como vimos mais acima.

⁶⁷⁴ Cfr., Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 343, 1ª coluna.

⁶⁷⁵ Cfr., Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 343, 2ª coluna.

⁶⁷⁶ Cfr., Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 346, 2ª coluna.

⁶⁷⁷ Cfr. Manuel Januário da Costa Gomes, O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., p. 35.

Ao passo que, Carolina Cunha defende mostrar-se razoável admitir em certas circunstâncias a possibilidade de desvinculação unilateral do ex sócio ao acordo de preenchimento⁶⁷⁸. Porém, realça esta autora, quando um sócio apõe a sua declaração de aval na livrança em branco subscrita pela sociedade, fá-lo justamente porque o financiamento bancário é necessário a prossecução da actividade da sociedade, o que beneficia ao avalista na qualidade de sócio; portanto: “[...] *é esta indissociável ligação entre a qualidade de sócio e a prestação da garantia que legitima a interrogação sobre o modo como a perda dessa qualidade poderá influenciar a (manutenção da) responsabilidade do garante*”⁶⁷⁹. No tocante a faculdade de resolução do pacto de preenchimento através da integração do conteúdo negocial, conforme disposto no art.º 239º do CC, nas situações em que não exista previsão contratual, defende Carolina Cunha: “*Será exigível, no horizonte negocial do pacto que fez com credor, que garanta a devolução de financiamentos societários cuja concessão não lhe foi dado a apreciar, controlar ou sequer conhecer e dos quais não beneficiou minimamente, perdida que foi a sua qualidade de sócio? Sou de opinião que não: tal não é exigível ao sócio cedente (...) Não se trata, portanto, de uma resolução por incumprimento, cujo fundamento se busque no art. 801.º, n.º 1 CC mas de uma faculdade reconhecida ao sócio-cedente por integração do acordo de preenchimento segundo a vontade hipotética das partes e os ditames da boa-fé impostos pelo artigo 239.º CC*”⁶⁸⁰.

Relativamente a esta matéria, também se pronunciou Ricardo Costa, para quem a permanência como garante se torna excessiva irrazoável em determinadas situações face aos riscos abrangidos, pelo que: “*deverá ser considerada lícita a faculdade de resolução desse acordo por parte do avalista com base na invocação de uma causa de inexigibilidade superveniente, desde que atendível e não exercida abusivamente: parece ser o caso de uma cessão das participações sociais para o sócio que deixa de o ser na sociedade garantida*”⁶⁸¹.

Numa visão aproximada, Evaristo Mendes defende que se um sócio apõe uma declaração de aval numa livrança em branco subscrita pela sociedade a favor de um financiador, fá-lo na qualidade de sócio. Para este autor é: “*esse o significado razoável*

⁶⁷⁸ Carolina Cunha, Letras e livranças, ob. cit., p. 613.

⁶⁷⁹ Manual de Letras e Livranças, ob. cit., p. 210.

⁶⁸⁰ Carolina Cunha, Cessão de quotas e aval: equívocos de uma uniformização de jurisprudência, Direito das Sociedades em Revista, ano 5, vol. IX, Março de 2013, pp. 106-107.

⁶⁸¹ Ricardo Costa, Comentário ao Ac. do STJ n.º 4/2013 – Uniformização de Jurisprudência- Livrança em Branco- Denúncia do Aval, Fórum Jurídico IAB/Almedina, Março de 2013.

da exigência do aval por parte do financiador e é esse também o sentido que um sócio normal atribuirá a essa exigência e à sua declaração de aval”. Nessa medida, perdendo o pré-avalista a qualidade de sócio, falta justificação para o mesmo continuar a cobrir a existente relação de negócios entre a sociedade e o credor, pelo que o sentido normal da vinculação para o aval é o da cessação da cobertura dessa relação de negócios para o futuro, especificando-se o objecto da garantia, isto é, passando o pré-aval a cobrir apenas a dívida existente nessa altura⁶⁸². Para este autor, o avalista ao apor a sua assinatura na livrança em branco, só o faz para viabilizar os negócios da sociedade em que é sócio; se no entanto perder essa qualidade, a razão de ser do seu acto desaparece, constituindo isso fundamento para unilateralmente cessar a garantia prestada. Deste modo, a perda da qualidade de sócio constitui causa ou justificação do direito, de *carácter negocial* (apoiada na interpretação e integração da declaração de aval aposta no documento de livrança em branco) e/ou de índole *legal* (resolução-redução por inexigibilidade, atendendo sobretudo à circunstância de o ex-sócio deixar de acompanhar a evolução da relação de negócios em apreço), que o ex sócio exercerá ou não⁶⁸³.

Numa abordagem distinta, Alexandre de Soveral Martins, criticando a posição de Carolina Cunha e Filipe Cassiano dos Santos, faz ver que: “[...] *a invocação do regime de integração das declarações negociais e em ambos constatamos que essa integração conduziria à possibilidade de resolução. Questionamo-nos, porém, se os fundamentos invocados não deveriam antes conduzir à caducidade dos vínculos assumidos pelo cedente da quota no acordo de preenchimento. Mas de qualquer modo também não nos parece que a boa-fé impusesse a integração da lacuna nos termos apresentados. Julgamos bem mais razoável afirmar que, na falta de menção à qualidade de sócio do cedente e sem referência à extinção da vinculação em caso de cessão da quota, o sentido a retirar do acordo deve o de que as partes não pretendiam que esse facto tivesse influência nas obrigações assumidas. Não é imaginável que um sócio de uma sociedade por quotas que se obriga para aval e se vincula pelo acordo de preenchimento pensasse manter a quota na sua titularidade para todo o sempre ou que*

⁶⁸² Evaristo Mendes’ Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Disponível em www.evaristomendes.eu, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶⁸³ Evaristo Mendes’ Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Disponível em www.evaristomendes.eu, visualizado em 07 de Julho de 2017.

não surgisse como ao menos possível a cessão da quota num qualquer futuro. Se não exigiu que essas circunstâncias ficassem previstas nos acordos celebrados como causas de extinção das obrigações assumidas, não pode depois vir queixar-se”⁶⁸⁴.

Ora do exposto, acresce-se ainda que para o exercício da faculdade de desvinculação, deverá o ex sócio enviar ao credor uma declaração escrita a comunicar a cessão de quotas e a vontade de se desvincular do pacto de preenchimento⁶⁸⁵. Assim, os efeitos da desvinculação iniciam com a data da recepção pelo credor da declaração de desvinculação (art.º 224º do CC). Desta maneira, bastam as dívidas serem anteriores ao recebimento da comunicação da cessão de quotas, para logo obrigar o ex sócio avalista; sendo indiferente o facto da data de vencimento aposta na livrança ser posterior⁶⁸⁶. E, como explica Carolina Cunha: “ [...] *a desvinculação válida e eficaz do ex-sócio no plano do acordo de preenchimento torna abusiva a utilização do título com a sua assinatura para a cobrança das quantias correspondentes a financiamentos posteriores à sua saída da sociedade e o Banco não pode deixar de o saber, logo é-lhe oponível, em sede execução, a excepção decorrente do artigo 10º da LU*”⁶⁸⁷. De igual forma, no que respeita à forma de exercício do direito, Evaristo Mendes afirma que deve haver uma declaração expressa pelo ex sócio ao credor, no sentido de informar da cessão de quotas

⁶⁸⁴Alexandre de Soveral Martins, Cessão de quotas. Alguns problemas, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 137-138.

⁶⁸⁵ Carolina Cunha, Letras e livranças, ob. cit., p. 615; em sentido contrário parece defender Alexandre de Soveral Martins para quem, a simples comunicação da cessão de quotas feita pelos avalistas não parece “*constituir facto concludente de uma declaração tácita de desvinculação*”. Cfr. Cessão de quotas, ob. cit., pp. 138-139.

⁶⁸⁶ Cfr. Carolina Cunha, Letras e livranças, ob. cit., p. 617.

⁶⁸⁷ Cfr. Carolina Cunha, Cessão de quotas e aval, ob. cit., pp. 104-105. Em posição contrária, Alexandre de Soveral Martins, defende que: “[...] *se o acordo de preenchimento não produz efeitos ou deixa de produzir efeitos a partir de determinado momento, o preenchimento que seja efectuado com base em factos que ocorrem num momento em que tal acordo é ineficaz não é verdadeiramente um preenchimento abusivo, mas sim um preenchimento sem poderes. Só fará sentido falar de preenchimento abusivo relativamente a casos em que esse preenchimento viola um acordo de preenchimento que (ainda) produz efeitos*”. Cfr., Cessão de quotas, ob. cit., pp. 140-141.

e fazer cessar a garantia de cobertura da relação de negócios existente, limitando-a ao valor em dívida nessa altura⁶⁸⁸.

Em suma, parece-nos ser de admitir tal como ocorre a propósito da fiança, que à luz das regras de interpretação dos negócios jurídicos, não se mostra razoável que os sócios ao aceitarem subscrever uma livrança em branco queiram responsabilizar-se pelas dívidas da sociedade, mesmo após a cessão das suas quotas. Mas também não se apresenta razoável que o avalista ao deixar de ser sócio, considere automaticamente extintas as suas obrigações perante o credor.

Certo é, o facto de termos de admitir, que em certas circunstâncias pode vir a ser reconhecida a faculdade de desvinculação unilateral do acordo de preenchimento do sócio que cede a sua quota. Assim, mostra-se possível a denúncia do pacto ou da autorização de preenchimento quando não tenha um prazo, no qual pode decorrer do determinado no próprio pacto ou no prazo fixado no contrato celebrado entre a sociedade e o banco. Esta perspectiva prende-se na objectivação de um princípio de proibição de vínculos obrigacionais perpétuos. Porém, o ordenamento jurídico ao atribuir à parte o poder de denúncia não impõe que esta exerça efectivamente tal faculdade. Assim, cabe ao avalista decidir se exerce ou não esse poder.

Por outro lado, sublinha-se, como já visto, que o fundamento da denúncia é mesmo a ausência de prazo; contudo, a faculdade ao existir pode naturalmente ser exercida pelo sócio avalista que cedeu as suas quotas.

No entanto, nas situações em que a denúncia não é possível, mas o sócio avalista cedeu a sua quota e não pretende manter-se vinculado como garante, parece-nos razoável que se considere legítima a faculdade de resolução do acordo ou autorização de preenchimento, pois este somente se vinculou como garante por ser sócio da sociedade. Por conseguinte, o fundamento da resolução nestas situações será mesmo a cessão da quota que implica uma inexigibilidade de permanecer vinculado como garante, uma vez

⁶⁸⁸ Evaristo Mendes: Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Disponível em www.evaristomendes.eu, visualizado em 07 de Julho de 2017. Também Januário da Costa Gomes se pronunciou sobre a questão e afirmou: “*Supomos que não será possível dar uma resposta que valha para todas as situações, sem prejuízo de ser natural vermos nessa comunicação não só ou não tanto a informação da saída da sociedade mas como refere Carolina Cunha [...] o facto concludente de uma declaração tácita de desvinculação*”. O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., p. 34, n. 70.

deixado de ter interesses na sociedade, contactos com esta e controlo da sua situação financeira.

Relativamente ao exercício da faculdade de desvinculação, parece-nos razoável a exigência do garante comunicar o credor da sua saída da sociedade e mesmo a própria intenção de se desvincular como garante.

Por outro lado, não se deixa de asseverar que é importante ponderar os interesses do credor nestas situações de liberação unilateral do avalista em branco. Porém, tendo em consideração que tanto a denúncia como a resolução operam para o futuro, em princípio o credor não terá qualquer prejuízo, caso o ex sócio garante as obrigações já constituídas até a data da sua liberação. Portanto, parece-nos que nestas situações o credor não ficará prejudicado, salvo se este ignorar a desvinculação e continuar a conceder créditos à sociedade sem para tanto exigir novas garantias⁶⁸⁹. Ao lado disso, o credor terá sempre a prerrogativa de poder prever expressamente no pacto de preenchimento as consequências da desvinculação do garante por cessão de quotas, relativamente ao contrato principal. Caso não o faça, parece ser de aplicar a solução proposta por Januário da Costa Gomes em sede de fiança, para quem: *“Mesmo na ausência de tal previsão, se o banco estiver vinculado face à sociedade devedora, como acontece na abertura de crédito (simples ou em conta corrente), é adequada a solução entre nós defendida em matéria de fiança: em função da importância relativa e contextual da garantia resolvida, o banco pode invocar perante a sociedade devedora, para evitar a libertação de novas tranches pecuniárias, a excepção de não cumprimento do contrato, a resolução ou até a modificação do contrato por alteração de circunstâncias (com destaque para a redução do plafond da abertura de crédito)”*⁶⁹⁰.

Sobre as questões que acabamos de equacionar, aponta-se um polémico Ac. do STJ de 21 de Janeiro de 2013⁶⁹¹, bastante contestado pela doutrina, na qual passamos resumidamente a descrever:

O banco A celebrou contratos de financiamento para apoio à tesouraria de uma sociedade por quotas B. Assim, de forma a garantir o cumprimento das obrigações foram subscritas duas livranças em branco pela sociedade B, na qual o banco A ficou

⁶⁸⁹ Cfr. neste sentido, Januário da Costa Gomes, O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., p. 37.

⁶⁹⁰ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 811 e ss.

⁶⁹¹ Veja-se em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

autorizado a preencher com data posterior ao vencimento da obrigação principal e no montante em dívida à data do preenchimento. Acontece porém, que um dos sócios que subscreveu a aval nas referidas livranças cedeu a sua quota na totalidade, portanto, deixou de ser sócio. Por essa razão, veio solicitar ao banco A a sua desvinculação enquanto avalista. Pelo que, se colocou a seguinte questão ao STJ: “*É admissível a denúncia de um aval prestado pelo sócio de uma sociedade (avalizada), pelo facto de haver cedido as quotas de que era detentor na sociedade avalizada?*”. Reconhecendo-se a oposição do Ac. do STJ de 02 de Dezembro de 2008⁶⁹² relativamente ao Ac. do STJ de 10 de Maio de 2011⁶⁹³, cabe tecer algumas considerações.

Num primeiro momento, o STJ pronuncia-se exaustivamente sobre a natureza, função e finalidade do aval relativamente à obrigação avalizada. Considera o aval acto jurídico unilateral, não receptício, autónomo, abstracto e com as mesmas características de uma obrigação cambiária, conferido por escrito na letra (ou livrança), ou em folha anexa a ela, vinculado a uma obrigação cartular formalmente válida, que converte quem a outorga em responsável cambiário no pagamento do documento. Salaria o carácter incondicional e intemporal do aval. E, perante tudo isso, fundamenta a impossibilidade de desvinculação unilateral de um dos sócios avalistas em letra ou livrança em branco, cujo preenchimento posterior tinha sido acordado com o credor (na relação jurídica fundamental) e tomador da livrança, salvo se o avalista tivesse limitado a quantia a

⁶⁹² No Ac. do STJ de 02 de Dezembro de 2008, a sociedade A subscreveu uma livrança em branco, avalizada pelos seus sócios, para reforçar o cumprimento da obrigação da sociedade com o banco B, decorrente da celebração de um contrato de abertura de crédito *revolving*. Acontece porém, que um dos sócios avalistas e gerente cedeu a totalidade da sua quota e renunciou ao cargo, tendo remetido ao banco B uma carta para que cessasse a sua responsabilidade como avalista, a partir do momento que cedeu as suas quotas. Em 2005, o banco B comunica à sociedade e aos avalistas do preenchimento do título, uma vez que, até essa data, a letra em branco não tinha efeito como título cambiário. Nestes termos, o STJ aceitou a denúncia do aval como válida até ao momento do preenchimento do título, apoiando-se para tanto no Ac. da RP de 02 de Abril de 1998 e no Ac. do STJ de 08 de Julho de 2003. Todos disponíveis em www.dgsi.pt, visualizados em 07 de Julho de 2017.

⁶⁹³ No Ac. do STJ de 10 de Maio de 2011, a sociedade A em 2006 para garantia de um empréstimo bancário concedido pelo banco B, subscreveu duas livranças em branco avalizadas pelos seus sócios. Passado um ano, um dos sócios cedeu a totalidade da sua quota, e consequentemente deixou de ser sócio. Para tanto, informou ao banco B da sua situação e solicitou que o seu aval fosse retirado nas novas concessões de crédito. O banco B desvalorizou a carta e preencheu as livranças em 2009, tendo renovado o contrato, considerando que não ocorreu denúncia pelas partes. O STJ após se pronunciar sobre o aval e a sua natureza considerou que o mesmo não pode ser objecto de denúncia. Disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

pagar. Por consequência, decidiu o STJ: *“Tendo o aval sido prestado de forma irrestrita e ilimitada, não é admissível a sua denúncia por parte do avalista, sócio de uma sociedade a favor de quem aquele foi prestado, em contrato em que a mesma é interessada, ainda que, entretanto, venha a ceder a sua participação social na sociedade avalizada”*.

Ora, parece-nos que ocorreu um afastamento da factualidade existente que acabou por influenciar na decisão tomada pelo STJ. Senão vejamos; fala-se sobre um aval apostado sobre um título cambiário em branco e não de um aval prestado sobre um título completo. Assim, o STJ nega à liberação do ex sócio avalista, mas retractando a situação como se estivesse perante um aval prestado em título completo, ao determinar: *“ a admissibilidade de desvinculação por parte do sócio avalista do título em branco conflitua com a própria natureza do aval em título completo”*. E tal como concluiu Cassiano dos Santos: *“[...] o AUJ circunscreve-se insofismavelmente ao aval, e não se pronuncia, como haviam feito as decisões anteriores do Supremo, sobre a vinculação em letra ou livrança em branco – isto é, nada estabelece sobre a questão de saber se o sujeito que se vinculou pode, em algumas circunstâncias ou medida, obstar à formação do título tendo-o a si como avalista”*⁶⁹⁴. Ainda neste sentido, Carolina Cunha também defendeu que existe: *“[...] quase completa desconsideração da diferença entre o regime a aplicar a um aval prestado sobre um título preenchido e ao aval apostado sobre um título cambiário em branco”*, pelo que o STJ ignorou: *“[...] a norma-chave para a resolução das questões relacionadas com qualquer subscrição cambiária em branco: o artigo 10º da Lei Uniforme”*⁶⁹⁵. De tal sorte, que não se realizou efectivamente uma uniformização da jurisprudência contraditória, justamente por assimilar o aval em branco ao aval completo, conforme afirma Januário da Costa Gomes. Pois existe claro desencontro entre o AUJ, particularmente a sua parte decisória e a factualidade subjacente ao Ac.-fundamento e ao Ac.-recorrido. Assim, com base no neste AUJ deve entender-se que o sócio de uma sociedade que presta em livrança (completa) para garantia de um financiamento da sociedade, na eventualidade de ceder as suas quotas na totalidade e consequentemente deixar de ser sócio, ou por qualquer outra circunstância, não pode, mediante denúncia, libertar-se do aval prestado. Do mesmo modo, não será possível a resolução, já que a desvinculação do avalista cambiário (em livrança

⁶⁹⁴ Filipe Cassiano dos Santos, Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação, ob. cit., p. 320, 1ª coluna.

⁶⁹⁵ Carolina Cunha, Cessão de quotas e aval, ob. cit., p. 92.

completa) não pode ter lugar na lógica contratual – que preside à denúncia e à resolução – mas apenas na cartular. Igualmente não pode ocorrer uma revogação da autorização unilateral de preenchimento, pois uma vez preenchida a livrança, qualquer desvinculação cartular só é possível nos termos da LULL. Nestes termos, conclui Januário da Costa Gomes que se o AUJ for interpretado como sendo também aplicável ao aval em branco e antes mesmo do preenchimento do título: “[...] *teremos, então, um aval em branco insustentável, se não mesmo insuportável*”⁶⁹⁶.

Por todas estas razões, a jurisprudência mais recente pronuncia-se em sentido contrário ao AUJ, tal como se verifica no Ac. da RP de 27 de Fevereiro de 2014, ao considerar: “[...] *a orientação uniformizada só não deverá ser respeitada se surgirem novas circunstâncias ou se forem aduzidos novos argumentos, que não tenham sido considerados no Ac. uniformizador e que justifiquem uma decisão diversa. Assim: “Não será de seguir a jurisprudência uniformizada do AUJ nº 4/2013, se interpretada como abrangendo o aval apostado em livrança em branco”*. Face ao exposto, o tribunal decidiu no seguinte sentido: “[...] *é admissível a resolução de um tal pacto de preenchimento por parte daquele sócio gerente, em virtude de ter deixado de ser sócio e de na sociedade ter cessado funções, limitando a sua vinculação às obrigações assumidas pela sociedade enquanto tinha a referida qualidade*”⁶⁹⁷; no mesmo sentido, o Ac. da RP de 17 de Março de 2016 defende: “*A ser possível ao avalista em branco libertar-se da obrigação que assumiu ao entregar a livrança assinada em branco, por denúncia ou resolução com justa causa, tal faculdade terá sempre de ser exercida até ao momento do preenchimento, de forma fundamentada no caso da resolução, mediante comunicação ao portador da livrança, não podendo ser apenas fundamento da oposição à execução com base no título entretanto preenchido*”⁶⁹⁸.

Em nosso juízo, tal como já defendido anteriormente, a permanência como garante, em certas situações - a cessão da totalidade das quotas pelo sócio avalista em branco – torna-se excessiva e irrazoável pelo que parece-nos possível de acordo com as

⁶⁹⁶ Januário da Costa Gomes, O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Temas de Direito Bancário II, ob. cit., pp. 38 e 39.

⁶⁹⁷ Ac. da RP de 27 de Fevereiro de 2014, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

⁶⁹⁸ Ac. da RP de 17 de Março de 2016, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 07 de Julho de 2017.

circunstâncias já atrás apontadas, a aplicação da figura da denúncia quando se trate de uma relação duradoura por tempo indeterminado, ou quando não estejam reunidos os requisitos da denúncia e se aplique a figura da resolução. Portanto, dir-se-á, como já ficou assinalado, que o ex sócio avalista deverá mediante declaração dirigida ao tomador do título informar que pretende a sua desvinculação derivada da cessão de quotas, tornando-se desse modo responsável pelos créditos vencidos até à data de liberação.

Concluiu-se, assim que não se frustra a função de garante cambiário ao permitir-se a liberação do garante nestes termos, tal como já exposto.

CAPÍTULO IV

DIREITO À LIBERAÇÃO INTERNA

1. Introdução

I – Resulta óbvio que a fiança constitui uma relação jurídica complexa, onde envolve tipicamente o credor, o devedor e o fiador. Por consequência, a sua eficácia encontra-se dependente de uma pluralidade de relações jurídicas de natureza distinta. Neste complexo de relações, o art.º 648º do CC aparece a regular os vínculos entre o devedor e o fiador durante a subsistência da obrigação, disciplinando as situações em que o garante, antes do pagamento, pode dirigir-se ao devedor principal para obter deste a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu eventual direito contra o devedor.

Efectivamente, parece-nos que dentre as normas do CC reguladoras da fiança, a que exige maior reflexão é o art.º 648º, razão pela qual constitui objecto do nosso estudo.

A ser assim, num primeiro momento cumpre saber em que se traduz o direito à liberação do fiador, para logo depois debruçarmo-nos sobre o disposto nesse preceito.

II – Com isso, cumpre frontalmente questionar em que se traduz o direito à liberação do fiador? Qual o seu conteúdo? E quais os meios que o fiador poderá lançar mão para se desvincular do contrato de fiança?

Assente nestas considerações, propendemos a admitir que a finalidade do direito à liberação é proteger o fiador em situações de ameaça iminente, uma vez confrontado com o cumprimento da obrigação fidejussória. Isto porque se presume que o fiador ao vincular-se confia na disponibilidade do devedor vir a cumprir a obrigação e, do mesmo modo, responder por todas as consequências do seu incumprimento. Mas o que é essencial de pronto esclarecer, concorre no sentido segundo a qual verificada a diminuição da confiança e antes de se tornar efectiva a exigência de cumprimento do fiador, se confere a este último o direito de exigir do devedor a sua liberação. De resto, vê-se tal fundamento explicitamente no art.º 648º do CC.

Percebe-se, no entanto, que o direito à liberação se enquadra no âmbito das relações entre o devedor e o fiador, na qual é lícito ao garante o direito de exigir do

devedor a sua desvinculação, verificadas porém as circunstâncias previstas no preceito acima mencionado. Sendo assim, existe um conjunto de pressupostos legais que atribuem ao fiador a faculdade de exigir que o devedor o desvincule da obrigação de fiança ou, em alternativa, que caucione o seu eventual direito contra o devedor em virtude da satisfação do credor.

Desta sorte, os pressupostos do direito à liberação fundam-se em situações de perigo para o fiador, em que se torna concreta e real a possibilidade de cumprimento da obrigação fidejussória. No entanto, nada obsta que para além dos casos fundados numa particular situação de perigo para o garante, existam outras circunstâncias pactuadas no contrato de fiança, desde que não ofendam os direitos do credor, no interesse de salvaguardar a liberação do fiador⁶⁹⁹. Portanto o preceito não é taxativo.

Nesse passo, é exigido do devedor principal a obrigação de afastar o fiador daquela situação debitória, liberando-o. Porém, nem sempre o garante pessoal conseguirá a extinção da sua obrigação através do exercício do direito à liberação. Por ser assim, nestas situações apresenta-se como solução alternativa a prestação de caução ao fiador. Mas o que isso tem em vista? Obviamente garantir que se o fiador tiver de cumprir a obrigação fidejussória perante o credor, por esta via conseguirá do devedor a devida satisfação. Deste modo, naturalmente, verificados os pressupostos que permitem a liberação do fiador, apresenta-se imprescindível que o garante exija do devedor a sua desoneração do vínculo obrigacional, já que a fiança não se extingue *ipso jure*.

A este propósito, determina o art.º 648º do CC que é permitido ao fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, quando: “a) *O credor obtiver contra o fiador sentença executável; b) Se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente; c) Se, após a assunção da fiança, o devedor se houver colocado na situação prevista na alínea b) do artigo 640º; d) Se o devedor se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto; e) Se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes*”. No entanto, o CS já admitia a desoneração do fiador em seis situações diferentes: “1) *Se for demandado judicialmente; 2) Se o devedor decair de fortuna, e houver risco de insolvência; 3) Se o devedor pretender ausentar-se do reino; 4) Se o devedor se tiver*

⁶⁹⁹ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 852.

obrigado a desonerar o fiador em tempo determinado, que já tenha decorrido; 5) Se a dívida se tornar exigível pelo vencimento do prazo; 6) Se tiverem decorrido dez anos, não tendo a obrigação principal tempo prefixo, e o fiador não o for por título oneroso”.

Pode-se mesmo dizer, que em geral os códigos modernos admitem ao fiador a possibilidade de exigir do devedor a sua desvinculação, verificados determinados pressupostos.

Neste sentido, o *code* no seu art.º 2032º indica possibilidade de o fiador antes de ser pago, puder agir contra o devedor principal para ser indemnizado quando: “ 1º *Se vea demandado judicialmente para el pago*; 2º - *Cuando el deudor se encuentra en situación de quiebra o insolvencia*; 3º - *Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado*; 4º - *Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse*; 5º - *Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de un plazo determinado, como una tutela*”. Por outro lado, estabelece o art.º 2039º do *code*: “*La simple prórroga del plazo concedida al deudor principal por el acreedor no libera al fiador que puede, en este caso, perseguir al deudor para forzarle al pago*”.

Portanto, o art.º 2032º é considerado pela doutrina francesa como uma norma preventiva que tem como finalidade a protecção do fiador contra os riscos de uma futura insolvência do devedor principal. A maioria dos autores defende uma interpretação restrita do preceito que vem imposta pela natureza excepcional do remédio antes do pagamento⁷⁰⁰.

É muito significativo referir que também o *codice* de 1865 continha um preceito idêntico, no qual autorizava ao fiador a reagir contra o devedor principal, antes do pagamento da obrigação, com vista a desvincular-se da fiança; porém não precisava de conhecer quais eram as acções que podia o fiador exercer judicialmente nem o conteúdo das mesmas (art.º 1919º). No entanto o *codice* vigente já se mostra mais completo e estabelece no art.º 1953º que o fiador, antes mesmo de ser pago, pode agir contra o devedor principal para exigir a sua liberação ou, na sua falta, prestar as garantias necessárias que assegurem o direito de regresso do fiador quando: “1) *è convenuto in giudizio per il pagamento*; 2) *quando il debitore è divenuto insolvente*; 3) *quando il debitore si è obbligato di liberarlo dalla fideiussione entro un tempo*

⁷⁰⁰ Cfr., Philippe Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, ob. cit., p. 468; Michael Cabrillac e Christien Mouly, *Droit des garanties*, ob. cit., 185 .

determinato; 4) quando il debito è divenuto esigibile per la scadenza del termine; 5) quando sono decorsi cinque anni, e l'obbligazione principale non ha un termine, purché essa non sia di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato”.

De maneira unânime a doutrina italiana afirma que este preceito permite ao fiador dirigir-se directamente ao devedor principal, com vista a exigir que pague ao credor, evitando assim que o pagamento seja feito pelo garante, ou então, a renúncia da garantia pelo credor⁷⁰¹. Além disso, também se permite ao fiador actuar contra o devedor em qualquer uma das cinco hipóteses estabelecidas no preceito, para que este preste caução suficiente com vista a assegurar o seu direito de regresso. Nestes termos, a acção de liberação da fiança tem como finalidade comum a garantia da tutela dos interesses fiador, impedindo assim a lesão de tais interesses⁷⁰².

No CCE, o art.º 1843º tem como precedente imediato o art.º 23º do Livro IV do Anteprojecto do CCE de 1882. Porém, determina o art.º 1843º que o fiador, antes mesmo de efectuar o pagamento pode agir contra o devedor principal quando: “a) *se ve demandado judicialmente para el pago; 2) en caso de quiebra, concurso o insolvencia; c) cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido; d) cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse; d) al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años”*. Acresce ainda o mencionado preceito, que em todos os casos o fiador tenta desvincular-se ou obter uma garantia que cubra os procedimentos do credor e o perigo de insolvência do devedor.

Em consequência, a doutrina espanhola defende que esta norma tende a proteger os interesses do fiador. Mas note-se, tradicionalmente considera-se um preceito excepcional por derogar a regra geral, na qual só é permitido ao fiador accionar o devedor depois de ter cumprido a obrigação fidejussória. Portanto, trata-se de uma norma preventiva destinada a proteger os interesses que o Ordenamento Jurídico considera dignos de amparo⁷⁰³.

⁷⁰¹ Cfr., Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 416.

⁷⁰² Cfr., Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 416.

⁷⁰³ Cfr. Guilarte Zapatero, Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código Civil, ob. cit., p. 300; Luis Díez-Picazo, Fundamentos, vol. II, ob. cit., p. 438; Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. Cit., pp. 78-79; Anna Casanovas Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 134 e ss.

Torna-se, por sua vez, necessário referir que o CCB não apresenta disposição semelhante; apenas consagra no art.º 835º a exoneração do fiado nas circunstâncias em: “*que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor*”. Porém, este preceito é correspondente ao art.º 1500º do CCB de 1916 na qual determinava: “*o fiador poderá exonerar-se da fiança, que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar*”.

Justifica-se ainda referir que se mostra pacífico o entendimento doutrinário de que a fiança concedida sem limitação de tempo, enseja ao fiador a faculdade de se exonerar do encargo, quando lhe convier, já que a garantia não é concedida em carácter perpétuo⁷⁰⁴. Assim, foi considerada uma mudança significativa que merece ser ressaltada, ao admitir a exoneração do fiador independentemente da existência de sentença judicial para o efeito⁷⁰⁵.

III – Avançando um passo mais, devemos também referir que no passado houve quem considerasse que o conteúdo do direito à liberação traduzia-se num pedido de indemnização ao devedor. Isso sucedeu com Pothier, que reportava a indemnização indicando três situações, através das quais o fiador podia antes de pagar a dívida, intentar acção contra o devedor afiançado para este o indemnizar⁷⁰⁶. Provavelmente tal posição influenciou o *code*, pois o art.º 2032º acusa esta caracterização ao determinar a possibilidade de o fiador antes de ser pago, puder agir contra o devedor principal para ser indemnizado. Porém, tanto o *codice* como o CCE e mesmo o CBC afastaram-se deste critério legal. Assim também sucedeu com o CS, porém o mesmo já não se pode dizer do CCom de 1833, na qual estabelecia: “*O fiador pode, ainda antes de solver a*

⁷⁰⁴ Na vigência do CCB de 1916, veja-se, Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, ob. cit., p. 202; Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, Vol. II, ob. cit., p. 360; Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 364. Na vigência do CCB de 2002, veja-se, Ricardo Fiuza, Código Civil Comentado, ob. cit., pp. 765-766. Sobre a questão já nos pronunciamos anteriormente, quando abordamos a desvinculação do fiador na fiança de crédito futuro, p. 83 e ss., do nosso estudo.

⁷⁰⁵ Cfr. José Augusto Delgado, Comentários ao novo Código Civil, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Vol. XXI, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 266; Sílvio Rodrigues, Direito civil, Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, Vol. III³⁰, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 363.

⁷⁰⁶ Pothier, Tratado das Obrigações, Tomo I, Tradução de J. H. Corrêa Telles, ob. cit., p. 383.

dívida caucionada, accionar por indemnização o devedor principal: 1) quando o fiador é accionado pelo credor; 2) quebrando o devedor; 3) quando o devedor se obrigada para com o fiador apresentar-lhe a quitação e descarga da dívida dentro de um tempo dado, e não o faz; 4) quando a dívida pela chegada do vencimento se tornou exigível”.

Na doutrina espanhola, Casanova Mussons afirma que não obstante o art.º 1843º do CCE não se referir à indemnização, os dispositivos antecedentes referem-se à indemnização, como acontece no art.º 23º do Livro IV do Anteprojecto do CCE de 1882, que tem uma redacção bastante aproximada do art.º 2112º do Projecto do CC belga de Laurent, cuja origem encontra-se no art.º 2032º do *code*. No entanto, em qualquer dos casos somente se poderá falar em indemnização quando ocorre um dano. Portanto, o art.º 1843º do CCE visa justamente evitar que o dano se produza; pelo que definitivamente não se pode aqui falar de indemnização ao fiador, nem no âmbito do CCE, nem sequer no domínio do *code*⁷⁰⁷.

No direito português, ainda na vigência do CS, Américo da Silva Carvalho pronunciou-se sobre a questão. Afirmou o autor, que o art.º 2032º do *code* diz respeito à indemnização do fiador, mas isto não significa que o fiador goze, em tal caso, de uma verdadeira acção indemnização, posto que ainda não sofreu qualquer prejuízo. Com efeito, aqui pretende-se dizer: “*o devedor deve colocar o fiador em situação de não tornar ilusório o seu eventual direito de regresso, já efectuando o depósito da quantia em dívida, já mediante prestação doutra espécie de caução*”. Para Américo da Silva Carvalho, o mesmo entendimento se deve consignar ao art.º 844º do CS⁷⁰⁸. Efectivamente, defende este autor que não se trata de exigir qualquer indemnização ao fiador, até porque nesta altura ainda não existem danos a indemnizar.

No actual CC a mesma posição é defendida por Januário da Costa Gomes, para quem: “*Não podendo o fiador furtar-se à ameaça directa da actuação da responsabilidade fidejussória, resta-lhe exigir ao devedor, que o “colocou” naquela situação, que encontre forma de satisfazer o credor ou de, por qualquer modo, afastar dele o risco de ter de responder, ou então que lhe preste caução para garantir que, se tiver que cumprir face ao credor, obterá do devedor a devida satisfação [...] não se trata de exigir ao devedor uma indemnização, desde logo porque não haverá ainda*

⁷⁰⁷ Anna Casanovas Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., p. 149-150.

⁷⁰⁸ Cfr., Américo da Silva Carvalho, *Extinção da fiança*, ob. cit., pp. 173-174.

(normalmente) danos a indemnizar: trata-se de exigir alternativamente ao devedor ou que obtenha a sua liberação ou que o caucione o seu direito eventual”⁷⁰⁹.

Esta posição merece o nosso apoio. Assim pensamos, porque não existe ainda nesta fase, em princípio, qualquer dano a ser ressarcido. O que na verdade existe, é simplesmente a alternativa do fiador exigir a liberação ou a prestação de caução⁷¹⁰. Justamente por isso, toldam-se os ânimos mais exasperados e afasta-se, desde já, a possibilidade de estarmos perante uma acção de indemnização.

Por óbvio, diante do exposto, dúvidas não restam que o fiador estando em situação de risco concreto, teme não só ter de cumprir a obrigação fidejussória, mas também os sobressaltos que terá de cruzar para ser reembolsado pelo devedor. Por isso, o direito à liberação consiste numa solução de equidade para o fiador vítima da sua própria generosidade.

IV - À conta de tal abordagem, levanta-se outro problema: será que o benefício à liberação estabelecido no n.º 2 do art.º 638º, pode ser exercido por todos os fiadores? Ou existe limitações à sua aplicação?

Desde logo, começamos por equacionar a hipótese da relação do benefício à liberação com a circunstância do fiador gozar do benefício da excussão. Assim, num primeiro momento torna-se essencial conhecermos os contornos do *beneficium excussionis* (n.º 1 do art.º 638º), para depois abordarmos a sua conjugação com o benefício à liberação estabelecido no n.º 2 do mesmo preceito.

Como ponto de partida, devemos socorrer-nos do já exposto anteriormente. Efectivamente, a noção de subsidiariedade traduz-se na possibilidade de o fiador invocar que sejam primeiramente executados todos os bens do devedor principal (n.º 1 do art.º 638º do CC)⁷¹¹. Neste campo, as fontes dizem que o benefício da excussão surge como uma vicissitude inerente à fiança aquando do surgimento da Novela IV de Justiniano (ano 535). Assim, a partir de Justiniano o credor não podia dirigir-se ao fiador sem primeiro dirigir-se contra quem recebeu o dinheiro e contraiu a dívida - "*sed*

⁷⁰⁹ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, ob. cit., p. 835.

⁷¹⁰ Iremos discutir mais a frente, se uma vez frustrado o direito à liberação do fiador, poderá este além da exigência de prestação de caução, ter outros mecanismos gerais em mão, como critério de indemnização por perdas e danos decorrentes do incumprimento do dever de liberação. Para tanto, veja-se nossas pp. 250 e ss.

⁷¹¹ A circunstância do garante pessoal responder somente depois de executados todos os bens do património do devedor é que permite distinguir a fiança da solidariedade passiva, na medida em que o credor não pode escolher entre accionar o devedor principal ou o fiador, só sendo legítimo accionar o devedor fidejussório após incumprimento do devedor principal.

veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitum contraxi”⁷¹². E foi assim que se instituiu o direito do fiador exigir do credor, dado que antes de impor-lhe o cumprimento da obrigação devia agir contra o devedor principal. Tal direito ficou conhecido por *beneficium excussionis*. Com a introdução deste benefício, a fiança ganhou em definitivo e completamente a característica de obrigação acessória relativamente ao devedor principal. Contudo, devemos sublinhar, que este benefício respeita à questão da subsidiariedade e não à questão da acessoriedade. Todavia, por ter sido visto como o mais visível meio de defesa do fiador, passou a estar genericamente associado aos meios de defesa em geral deste sujeito, e, portanto, à acessoriedade⁷¹³. Porém, em algumas situações ao fiador não era concedido o benefício. Isso acontecia na eventualidade do devedor se encontrar ausente, quando não fosse solvente o devedor principal, ou ainda quando o fiador em juízo reconhecesse a dívida, bem como na eventualidade de ter renunciado a este benefício⁷¹⁴.

Nesta medida, foi um direito inspirado na equidade, no interesse de não sacrificar o fiador sem maiores vantagens para o credor, porquanto inúmeras vezes podia obter do próprio devedor a satisfação do crédito. Com este traçado, o *beneficium excussionis* acabou por integrar o direito de vários povos.

Mas também é certo, que numa fase inicial o benefício da excussão não conheceu os costumes germânicos nem os costumes consagrados na Idade Média⁷¹⁵. E com clareza, a Rota de Génova afirmava: “*excussio habet in se summam aequitatem*”⁷¹⁶. Pode-se ainda dizer, que a sua adopção no direito francês foi lenta e demorada; no entanto com os estudos do direito romano em França, o benefício passou a ser admitido pelo direito costumeiro. Posteriormente foi introduzido no Código de Napoleão, mas com algumas restrições⁷¹⁷. Em qualquer caso, daqui em diante se estendeu ao direito da generalidade dos povos.

Verificamos assim, como antes se fez referência, que no direito imediatamente anterior ao *code* já se previa no art.º 2021º o benefício da excussão. Sobre a questão se pronunciou Pothier. Informava este autor que o direito da Novela 4 de Justiniano era

⁷¹² Cfr., Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 366.

⁷¹³ Cfr. Frezza, La garanzie delle obbligazioni, ob. cit., p. 142.

⁷¹⁴ Cfr. Frezza, La garanzie delle obbligazioni, ob. cit., p. 142.

⁷¹⁵ Cfr. Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Contratos no direito civil brasileiro, ob. cit., p. 385.

⁷¹⁶ Cfr. Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Contratos no direito civil brasileiro, ob. cit., p. 385.

⁷¹⁷ Cfr., Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 356.

seguido em França, porém com algumas restrições, pois não se aplicava a todos os fiadores nem a todas as situações⁷¹⁸. Aliás, chegou mesmo a defender este autor que o fundamento do benefício da excussão era a equidade, acabando esta posição por influenciar o *code*⁷¹⁹.

Por sua vez, *code* também prevê a possibilidade do fiador gozar do benefício da excussão e estabelece no art. ° 2298º: “*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor, a menos que el fiador haya renunciado al beneficio de la excusión o a menos que se haya obligado solidariamente con el deudor, en cuyo caso el efecto de su obligación se regulará por los principios establecidos para las deudas solidarias*”.

Assim, o fiador não é obrigado a pagar ao credor antes de executados os bens do devedor principal, a menos que o fiador tenha renunciado a tal benefício ou assumiu a posição de devedor solidário. Prevê ainda o *code*, que o fiador quando invoca o benefício da excussão, deve em simultâneo indicar bens do devedor suficientes para a satisfação do crédito, não devendo indicar bens que situados na área de jurisdição do Tribunal de Recurso, nem bens hipotecados que já não se encontrem na posse do devedor como refere o art.º 2300º: “*l fiador que requiere la excusión deberá indicar al acreedor los bienes del deudor principal y anticipar los dineros que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. No deberá indicar ni bienes del deudor principal situados fuera del distrito de la cour royale (la cour d'appel) dellugar en donde debe efectuarse el pago ni los bienes litigiosos ni los hipotecados en la deuda que no se encuentren ya en posesión del deudor*”. Esta norma parece-nos razoável na medida em que serve para auxiliar a acção judicial.

Por outro lado, o fiador ao indicar os bens do devedor a serem executados, torna-se o credor responsável perante o garante, na eventualidade da insolvência do devedor ocorrer posteriormente a indicação; pois parte-se do princípio que houve uma conduta negligente do credor na prossecução das diligências necessárias à execução dos bens indicados, conforme estabelecido no art.º 2301º do *code* – corresponde ao art.º 2024º do Código de Napoleão (*Siempre que el fiador haya hecho la indicación de bienes autorizada por el artículo anterior y haya proporcionado los dineros suficientes para la excusión, el acreedor es responsable, hasta donde los bienes alcancen, de la*

⁷¹⁸ Cfr., Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 356

⁷¹⁹ Cfr., Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 361.

insolvencia del deudor principal producida por la falta de diligencias. En cualquier caso, el importe de las deudas resultantes de la fianza no podrá tener como consecuencia que la persona física constituida fiadora se vea privada de un mínimo de recursos fijado en el artículo). Portanto, parece-nos ocorrer aqui um claro efeito secundário ao benefício da excussão, qual seja o de transferir para o credor a responsabilidade no caso de futura insolvência do devedor principal, quando este ainda era solvente ao tempo que o fiador invocou o benefício.

Dando um pouco mais de amplitude ao assunto, defende ainda a doutrina francesa majoritária que o fiador deve opor-se logo que seja accionado pelo credor para pagar; pois se o garante deixa que sigam os trâmites sem se opor, se presume que renunciou ao benefício⁷²⁰.

Consoante se pode compreender, o *codice* de 1865 consagrava o benefício da excussão por influência do direito francês⁷²¹. Neste domínio Campogrande era apologista que o benefício da excussão, enquanto princípio presuntivo da vontade das partes, seria contrário a essência da fiança. Além disso, defendia que o fiador devia satisfazer o débito, sempre que o devedor não cumprisse a obrigação a qual estava adstrito, sendo irrelevante a sua vinculação como devedor solidário. Nestes termos, defendia o autor que o benefício devia ser acordado entre as partes e não imposto legalmente, pois pertencia àqueles a liberdade de limitar a fiança mediante um pacto expresso relativo à excussão preventiva. Ainda do ponto de vista de Campogrande, a garantia em causa visava proteger o credor contra a possível insolvência absoluta do devedor, mas também a insolvência relativa deste, traduzida na simples falta na data de vencimento⁷²². Campogrande chegou mesmo a defender que a equidade referida por Pothier como fundamento do benefício da excussão, poderia funcionar como argumento a favor do credor; tanto mais que o fiador seria livre de só aceitar a fiança com o pacto de o credor dever executar, em primeiro lugar, o credor. Por ser assim, deveria somente ser admitido quando pactuado entre as partes⁷²³.

⁷²⁰ Laurent Aynès, *Principes de Droit civil français*, t. XXVIII, 1899, pp. 231-232, afirma ainda este autor que o benefício da excussão constitui uma exceção dilatória e que o silêncio do garante implica uma renúncia. No mesmo sentido Francois Chabas e Jean Mazeaud, *Leçons de Droit civil*, t. III, vol. I, 12 édition, Montchrestien, p. 44; Philippe Simler, *Le cautionnement*, ob. cit., pp. 328-331.

⁷²¹ Neste sentido Francesco Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. IX³, UTET, Torino, 1923, p. 527.

⁷²² Valerio Campogrande, *Trattato della fideiussione nel Diritto hodierno*, Torino, 1902, pp. 67-70.

⁷²³ Valerio Campogrande, *Trattato della fideiussione*, ob. cit., p. 72.

Actualmente, o *codice* prevê o *beneficium excussionis* no seu art.º 1944º, na qual determina: “*Il fideiussore e obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito. Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'esclusione del debitore principale. In tal caso il fideiussore, che sia convenuto dal creditore e intenda valersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione. Salvo patto contrario, il fideiussore è tenuto ad anticipare le spese necessarie*”. Assim, o fiador só goza do benefício da excussão quando tal tenha sido acordado entre as partes, pois a regra é a da responsabilidade solidária. Porém, querendo o fiador gozar do benefício, tem a particularidade de poder escolher quais os bens do património do devedor que devem ser executados. Nestes termos, o gozo do benefício da execução é a excepção e não a regra geral. Porém, salvo acordo em contrário, é o fiador obrigado a antecipar as despesas necessárias para a execução do devedor, caso tenha sido convencionado o benefício da excussão. Daqui resulta a obrigação do garante responder pelas despesas necessárias que o credor tenha de fazer para excutir os bens do devedor, se ele fiador foi colocado em condições de as evitar.

Por sua vez, a maioria da doutrina espanhola considera que a subsidiariedade da fiança advém da existência do benefício da excussão⁷²⁴. Porém, em posição contrária, Pérez Álvarez não considera a subsidiariedade a nota essencial da fiança. Assinala este autor que se trata de uma nota peculiar da obrigação do fiador, derivada da atribuição ao garante da faculdade de se opor ao benefício da excussão⁷²⁵.

Pela sua importância, o benefício da excussão vem previsto no art.º 1830º: “*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor*”. Portanto, esta norma tem como base o Anteproyecto do CCE 1882-1888 que regulava o benefício da excussão nos arts. 10º a 17º do título dedicado a fiança⁷²⁶. Consoante esta realidade, nas palavras de Guilarte Zapatero: “[...] *se entiende por beneficio da excussão ou de ordem a faculdade que corresponde ao fiador em cuja virtude, verificado o incumprimento da obrigação principal, pode adiar o cumprimento de sua parte e paralisar a pretensão do credor e forçar o cumprimento pelo*

⁷²⁴ Neste sentido, Jesús Delgado Echevarría, La fianza en «Elementos de Derecho civil», t. II, Derecho de obligaciones, vol. III, Contratos y cuasicontratos, de Lacruz Berdejo, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 502; Díez Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, ob. cit., p. 594.

⁷²⁵ Miguel Ángel Pérez Álvarez, Solidaridad en la fianza, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 96.

⁷²⁶ Cfr. Manuel Peña Bernaldo de Quirós, El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), Madrid, 1965, pp. 699-700.

devedor”⁷²⁷. O fiador ao merecer este benefício, segundo Delgado Echevarría, pode negar-se a pagar sem temer a ser embargado pelo credor⁷²⁸.

Não obstante esta vinculação entre a fiança subsidiária e o benefício da excussão, existem situações em que não é possível ao fiador opor tal benefício ao credor. Estes casos estão previstos no art.º 1831º do CCE, designadamente quando o fiador tiver expressamente renunciado a ele, quando se haja obrigado solidariamente com o devedor, em caso de falência do devedor e ainda, nas situações em que o devedor não pode ser demandado judicialmente dentro do Reino. Assim, para que o fiador possa exercer o benefício da excussão deve opô-lo ao credor logo que este o accione para cumprir, devendo indicar os bens do devedor que se encontrem dentro do território espanhol e que sejam suficientes para cumprir a obrigação, conforme determina o art.º 1832º do CCE. Conscientemente, Colín y Capitant defendem que o fiador deve opor-se logo que seja accionado pelo credor para pagar, pois se o garante deixa que sigam os trâmites sem se opor, se presume que renunciou ao benefício⁷²⁹. Sustenta Gullón Ballesteros, mostrar-se essencial que exista um requerimento para que o fiador pague; só a partir desse requerimento é que pode o fiador opor o benefício da excussão. Tal requerimento para pagar se pode produzir judicial ou extrajudicialmente, porém tanto de uma como de outra forma, o fiador deve opor-se imediatamente com as condições estabelecidas no art.º 1832º do CCE⁷³⁰.

No Brasil tanto a doutrina como o CCB designam a matéria por benefício de ordem e não por benefício da excussão. Assim, ainda no domínio do CCB de 1916 defendia a doutrina que o fiador fica responsável pela obrigação daquele a quem afiança, pelo que devia ser demandado somente na falta do devedor, por ser, apenas, um co-obrigado indirecto. Sendo demandado antes, teria o direito a exigir, até a contestação da lide, que fossem primeiro executados os bens do devedor. Desse modo, o fiador que alegasse o benefício da ordem, devia nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembaraçados, quantos bastassem para solver o débito

⁷²⁷ Cfr. Guilarte Zapatero, Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código Civil, ob. cit., 127.

⁷²⁸ Jesús Delgado Echevarría, La fianza, ob. cit., p. 517.

⁷²⁹ Cfr. Ambrosio Colin e Henry Capitant, Curso elemental de derecho civil, ob. cit., p. 30.

⁷³⁰ Antonio Gullón Ballesteros, Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968, p. 400.

(art.º 1491 e parágrafo primeiro)⁷³¹. Assim, nos termos do CCB de 1916, o fiador não aproveitava este benefício se a ele o renunciasse expressamente, se se obrigasse como principal devedor, ou como devedor solidário ou ainda na eventualidade de o devedor ser insolvente ou falido, nos termos do art.º 1492º.

Por seu turno, no CCB de 2002, prevê no art.º 827º: “*O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor*”. Acresce o parágrafo primeiro deste preceito: “*O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito*”. Portanto, constata-se a existência de uma redacção aproximada ao do art.º 1491 do CCB de 1916. A única distinção reside no termo “*executados*”, que na redacção anterior era “*excutados*”. Um pormenor sem qualquer consequência legal. A par disso, o parágrafo único mantém-se com redacção semelhante à anterior. Na doutrina, segundo a visão de Caio Pereira, o credor somente poderá accionar o devedor afiançado quando o devedor principal se quedar inerte quanto ao adimplemento da obrigação assumida, ou quando os seus bens não forem bastantes para atender ao cumprimento desta última, excepto se contrataram sob condições menos onerosas⁷³². Acresce a isso Sílvia Rodrigues, que o benefício da excussão trata-se de um direito/privilegio instituído a favor do fiador, por demais lógico e razoável, de não ser ele compelido a pagar a dívida afiançada, sem que primeiro sejam executados os bens do devedor principal, simplesmente porque a acessoriedade e a subsidiariedade são duas das características mais evidenciadas da fiança; caso sejam desrespeitadas, desfigurariam-na por completo⁷³³. Sobre a questão também se pronunciou Ricardo Fiuza, para quem: “*A invocação deste benefício de ordem não se opera pleno iure, de imediato, sem a manifestação do fiador nesse sentido; exige-se, como corolário lógico de admissibilidade, a expressão arguição pelo beneficiário (fiador), tão logo seja ele accionado pelo credor, aliada à inequívoca indicação dos bens do afiançado, quantos*

⁷³¹ Cfr. Affonso Dionysio Gama, Da fiança civil e comercial, ob. cit., p. 33; José Homem Corrêa Telles, Digesto português. Tratado dos direitos e obrigações civis: accommodado as leis e costumes da nação portuguesa, Pernambuco, 1837, p. 423.

⁷³² Cfr. Caio Mário Pereira da Silva, Instituições de direito civil, Vol. III, ob. cit., p. 331.

⁷³³ Cfr. Sílvia Rodrigues, Direito Civil, Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, v. III, ob. cit., p. 397.

bastem para solver o débito e, desde que livres e desembargados de qualquer ónus, situados no mesmo município onde tramita o processo”⁷³⁴.

Por outro lado, estipula o CCB que ao fiador não é lícito aproveitar o benefício de ordem quando a ele renunciou expressamente, quando se obrigou como principal pagador ou devedor solidário, ou ainda se o devedor for insolvente ou falido (art.º 828º). O dispositivo corresponde em termos exactos ao antes disposto no art.º 1492º do CCB de 1916. Assim, em regra, na falta de estipulação em contrário, todo o fiador tem direito de gozar do benefício de ordem, salvo se se colocar numa das situações acima descritas. Em tais hipóteses, independentemente do afiançado possuir património suficiente para satisfazer o crédito, primeiramente serão constrictos os bens dados em garantia⁷³⁵.

Em Portugal, a doutrina anterior ao CS considerava o benefício da excussão como um princípio do contrato de fiança⁷³⁶. Mas anote-se, o primeiro código português a regular a fiança foi o CCom 1833, no qual estabelecia no art.º 851º: “*Todo o fiador comercial é solidário*”. A lei mercantil desconhece o benefício da divisão e discussão”. No entanto, o CS acabou por estabelecer no art.º 830º o benefício da excussão. Sobre a questão, afirmava Dias Ferreira: “*O benefício da excussão resulta da natureza subsidiária da fiança e tem, como efeito directo, o prolongamento do prazo dentro do qual os bens do fiador deveriam responder, porque o credor é obrigado a sustar a execução contra o fiador e, pelo menos por algum tempo, a virar-se apenas contra os bens do devedor principal*”⁷³⁷. Pois bem, apesar do direito francês ter servido em grande parte de fonte do CS, verificou-se uma clara omissão à disposição correspondente ao art.º 2024º do Código de Napoleão (actual 2031º); ou seja, não se verificou o tal efeito secundário do benefício da excussão que abordamos anteriormente. Assim, como já se referiu, o benefício encontra-se expressamente formulado no art.º 830º do CS que teve como fonte o art.º 2021º do Código de Napoleão, pela forma seguinte: “*O fiador não pode ser compelido a pagar ao credor, sem prévia excussão de todos os bens do devedor*”. Na visão de Júlio Martins, isto queria dizer que o garante não podia ser executado antes do devedor principal; ou mais precisamente, primeiro tinham de ser vendidos os bens do devedor e só quando este os não tivesse ou não fossem suficientes, tinham de ser vendidos os do fiador, ou este devia pagar a dívida fidejussória, ou o que

⁷³⁴ Veja-se, Ricardo Fiuza, Código Civil Comentado, ob. cit., p. 758.

⁷³⁵ Cfr. neste sentido Orlando Gomes, Contratos, ob. cit., p. 457.

⁷³⁶ Cfr., Vicente Ferrer Neto Paiva, Elementos de direito natural ou de philosophia de direito, 2. ed. correcta e aumentada, Coimbra: Impr. da Universidade, 1850, p. 190.

⁷³⁷ Cfr., Dias Ferreira, Código Civil Portuguez anotado, 1ª edição, vol. II, ob. cit., p. 117.

dela restasse. Acresce ainda o referido autor, que o art.º 830º referia-se à execução e não à acção; na acção tratava-se de compelir o réu a pagar, mas não de o convencer da obrigação de pagar, obrigação que depois de condenado a respeitar, ou cumprir prontamente, ou era compelido por força executiva⁷³⁸. Por outro lado, ainda no domínio do CS, o fiador não podia socorrer-se do benefício da excussão, na eventualidade de se ter obrigado como principal pagador, ou de ter renunciado ao benefício ou ainda, se o devedor não pudesse ser demandado dentro do reino, conforme preceituava o n.º 1, 2 e 3 do art.º 830º do CS.

Por sua vez, Cunha Gonçalves considerava que o referido preceito contrariava o art.º 832º do CS, porquanto permitia que o fiador fosse demandado como simples fiador ou como principal pagador, antes de o ser o devedor principal. Igualmente o art.º 830º era incompatível com o n.º 1 do art.º 844º do mesmo código, ao permitir que o fiador pudesse ser judicialmente demandado antes do devedor principal. A ser assim, o art.º 830º do CS, na óptica de Cunha Gonçalves se deveria ter como não escrito e teria sido mesmo revogado pelo art.º 326º do CPC: “*que permite o benefício da excussão ao principal pagador e demandar o simples fiador antes de o ser o devedor*”⁷³⁹. Todavia, a maioria da doutrina aceitava a compatibilidade entre o benefício da excussão e o não benefício da demanda⁷⁴⁰, visto que claramente Cunha Gonçalves confundiu os conceitos de “*demandar o fiador*” e “*compelir o fiador a pagar*”. No entanto, mais tarde Cunha Gonçalves veio a alterar a sua posição⁷⁴¹.

No CC de 1966 o benefício da excussão encontra-se estabelecido no n.º 1 do art.º 638º no qual prevê: “*Ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do crédito*”. Portanto, constitui um meio de defesa próprio do fiador (n.º 1 do art.º 637º) e traduz-se na possibilidade do garante se opor a execução dos seus bens, enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor principal. Assim, o fiador não se pode limitar a demonstrar que goza do benefício da excussão, tem de exercer o poder nele corporizado para desta forma paralisar a perseguição do credor contra si, remetendo-o para o devedor principal⁷⁴². Por consequência, a invocação deste benefício está em princípio

⁷³⁸ Cfr. Júlio Martins, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 30, p. 82 ss.

⁷³⁹ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, ob. cit., pp. 180-181.

⁷⁴⁰ Cfr. Paulo da Cunha, *Da garantia nas obrigações*, II, pp. 58-59.

⁷⁴¹ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil: Em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XIV, Coimbra, Coimbra Editora p. 638-640.

⁷⁴² Cfr. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pp. 1086 – 1131.

reservada ao garante fidejussório, por ser um ónus; por esta razão, não pode o tribunal conhecer oficiosamente do mesmo, no sentido de impor ao credor uma ordem de pedido de cumprimento ou de excussão que não foi levantada, podendo mesmo não ser da vontade do fiador⁷⁴³.

Por outro lado, estabelece o n.º 2 do art.º 638º: *“É lícita ainda a recusa, não obstante a excussão de todos os bens do devedor, se o fiador provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor”*. Tal preceito foi sugestão de Vaz Serra, de acordo ao estabelecido no n.º 1 do art.º 14º do seu Anteprojecto: *“Se o credor exigir o pagamento ao fiador, pode este recusá-lo enquanto aquele não provar que executou todos os bens do devedor e não obteve nessa execução, sem culpa sua, a satisfação total ou parcial, do seu crédito”*⁷⁴⁴. Sobre o preceito, afirma Januário da Costa Gomes: *“Conforme resulta dos eus termos, o art.º 638/2 não vem atribuir (ou continuar a atribuir, um desenvolvimento lógico do art.º 638/1) ao fiador o poder de exigir a excussão prévia dos bens do devedor, como é nota essencial e característica do benefício da excussão; vem, antes atribuir-lhe a faculdade de se libertar da vinculação fidejussória, desde que prove – e na medida em que prove – que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor. Diversamente do benefício da excussão, que terá, em si, quando muito, efeitos dilatórios, mas nunca, directamente, efeitos a nível de manutenção do vínculo fidejussório, o benefício da liberação tem consequências drásticas para o credor negligente, na medida em que permite o fiador liberar-se”*⁷⁴⁵. Assim, notoriamente o n.º 2 do art.º 638º não trata do benefício da excussão, mas sim do benefício à liberação, atribuindo ao fiador a faculdade de poder negar o cumprimento da obrigação, mesmo na eventualidade de se já ter executado todos os bens do devedor, se o garante provar que o crédito não foi satisfeito na sua plenitude por culpa do credor. Portanto, nesta situação o credor foi negligente tanto na intimidação do devedor como na excussão dos seus bens, caso, por exemplo, se à data do vencimento da obrigação principal o devedor tinha bens suficientes para cumprir a obrigação, mas o credor não exigiu naquela altura o cumprimento. Nestas situações, o garante não pode ser responsabilizado pela inércia do credor.

⁷⁴³ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 1131.

⁷⁴⁴ Cfr. Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 297.

⁷⁴⁵ Veja-se neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 1113.

Sobre a questão também se pronunciou Antunes Varela, para quem o preceito apresenta-se como uma “*solução nova, de algum modo revolucionária*”⁷⁴⁶; porém não deixou de associar o benefício da excussão, mais do que isso, considera-o mesmo matéria associada a tal benefício⁷⁴⁷. Almeida Costa, por sua vez, afirma que a subsidiariedade da fiança se concretiza no benefício da excussão e consiste na possibilidade do fiador puder recusar o cumprimento enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal; e, inclusive, depois dessa excussão, se provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor (art.º 638º n.º 1 e 2)⁷⁴⁸. Ora, notoriamente Almeida Costa também não desassociou o n.º 2 do art.º 638º do benefício da excussão, mas situou o preceito num momento posterior à excussão dos bens do devedor.

Atendo ao que foi dito, questiona-se se o benefício à liberação somente se aplica ao fiador que goza do benefício da excussão ou a todos os fiadores, mesmo os que se obrigaram como principais pagadores.

Determina o n.º 2 do preceito que, independentemente de se excutir os bens do devedor principal ou não, se o fiador provar que a dívida não foi satisfeita por culpa do credor, tem a faculdade de recusar o pagamento. Nestas situações afirma Januário da Costa Gomes, o fiador tem de provar que o credor tinha condições para obter a satisfação do seu crédito com base nas forças do património do devedor se o tivesse interpelado ou intimado para pagar na altura em que o devedor tinha bens suficientes; neste caso, a medida da recusa do cumprimento e da extinção do vínculo fidejussório é determinada pela medida daquilo que o credor negligenciou. Não é portanto necessário aguardar pela excussão dos bens do devedor principal, para que o fiador possa invocar a culpa do credor na não satisfação do crédito⁷⁴⁹. Deste modo, se a dívida é de € 500 e se o garante provar que o credor podia ter penhorado um bem móvel no valor de € 400, que este acabou por dissipar, a medida da recusa e extinção será relativamente ao valor deste bem, ficando o garante vinculado relativamente aos €100.

Por essa razão, não faz sequer sentido que o garante aguarde que sejam excutidos todos os bens do devedor para exercer o seu benefício à liberação, quando tem conhecimento que o credor foi negligente na sua actuação com o devedor.

⁷⁴⁶ Cfr. Antunes Varela, Das obrigações em geral, II⁷, ob. cit., p. 479.

⁷⁴⁷ Cfr. Antunes Varela, Das obrigações em geral, II⁷, ob. cit., pp. 479-490. No mesmo sentido Fernando Pessoa Jorge, Lições de Direito das Obrigações, 1, ob. cit., p. 14.

⁷⁴⁸ Almeida Costa, Direito das Obrigações¹², ob. cit., p. 895.

⁷⁴⁹ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 1115-1116.

Assim, nada obsta que o fiador exerça o seu benefício estabelecido no n.º 2 do art.º 638º, independentemente de se ter executido ou não os bens do devedor principal. Nestes termos, também constitui facto assente que no ordenamento jurídico português como noutros, não vem expresso que o direito à liberação se limita aos casos de fianças simples; e nem se chega a tal conclusão por uma interpretação sistemática. Todavia, tratando-se de direitos diferentes, enquanto o direito a execução se pode considerar como uma manobra dilatória do fiador, que por sinal não exerce influência directa na conservação da garantia fidejussória, já o benefício à liberação, pelo contrário, tem o condão de desvincular o fiador. Com isso, estamos perante relações jurídicas de natureza diversa. Desta maneira, entendemos mostrar-se pacífico que não existe qualquer oposição a que os fiadores que gozam do benefício da excussão, não possam, perante a ameaça de serem compelidos a cumprir a obrigação fidejussória, exigir do devedor a sua liberação nas situações acima descritas. Simplesmente, porque o conteúdo do direito à liberação nada tem a ver com a subsidiariedade da fiança ou com a solidariedade fidejussória, já que são relações jurídicas diferentes.

Entretanto, não se deixa de esclarecer que o fiador de fiança civil goza naturalmente destes dois benefícios⁷⁵⁰. Porém, resulta da al. a) do art.º 640º que o fiador não pode invocar os benefícios previstos nos arts. 638º e 639º, quando haja renunciado ao benefício da excussão ou tenha assumido a posição de principal pagador. Para Januário da Costa Gomes, assinala-se a renúncia ao benefício da liberação é uma consequência natural ou presumida da renúncia ao benefício da excussão. No entanto, não fica o fiador impedido de esclarecer – afastando o regime supletivo – que apenas renuncia ao benefício da excussão, mantendo o da liberação. Assim, a renúncia ao benefício da excussão determina a ausência natural do benefício da liberação⁷⁵¹.

Em suma, apesar de sistematicamente estarem consagrados no mesmo preceito (art.º 638º), enquanto o benefício à liberação permite ao fiador desvincular-se da obrigação, o benefício da excussão possibilita ao fiador a recusa lícita em cumprir, enquanto não forem executidos os bens do devedor principal. Este último caso traduz-se numa situação temporária que permite ao fiador proteger o seu património, na esperança que o credor encontre património suficiente do devedor principal para satisfazer o seu

⁷⁵⁰ Cfr. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 1116.

⁷⁵¹ Cfr. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 1117.

crédito; ao passo que a liberação traduz-se numa situação definitiva atendendo a negligência do credor.

Ora, apesar de os referidos benefícios serem autónomos entre si, o fiador ao declarar que renúncia ao benefício da excussão, naturalmente estará a renunciar ao benefício da liberação. No entanto, nada obsta que o fiador esclareça aquando da constituição da fiança que pretende apenas renunciar ao benefício da excussão, responsabilizando-se solidariamente com o devedor principal, mas nesta óptica não renuncia ao benefício de liberação.

Face ao exposto, não se deixa de questionar como será feita a renúncia ao benefício da excussão. No direito espanhol o benefício da excussão reconhecido ao fiador no art.º 1830º do CCE, é renunciável segundo as regras estabelecidas para a renúncia em geral. Deste modo, o fiador pode obrigar-se renunciando expressamente a esse benefício, segundo dispõe o n.º 1 do art.º 1831º do CCE⁷⁵². Neste caso, se depreende que tal renúncia não pode ser tácita, nem se pode deduzir nem presumir de determinados actos do fiador⁷⁵³. Desta forma, quando o fiador não tenha manifestado de forma expressa a sua vontade de renunciar ao benefício da excussão, pode recusar-se a cumprir enquanto não se tiver executado todos os bens do devedor principal.

No entanto, discute-se na doutrina espanhola qual a forma de declaração de denúncia. A doutrina científica entende que resulta suficiente que a vontade de não opor o benefício da excussão seja clara e inequívoca⁷⁵⁴. Acresce ainda Guilarte, que o n.º 1 do art.º 1831º do CCE se refere a renúncia que tem lugar antes do vencimento da obrigação principal e não antes, pois neste último caso não é necessário que a renúncia seja feita de forma expressa, já que o fiador ao entender que não tem interesse em exercer de certa forma, se produziu uma renúncia tácita, ainda que imprópria⁷⁵⁵. Em sentido contrário, Alventosa Del Río defende que sempre que seja vontade do fiador pode este renunciar ao benefício, porém é necessário recordar que a renúncia a prévia excussão dos bens do devedor deverá efectuar-se expressamente, de modo que não leve a entender ou presumir que se o fiador não opõe o benefício durante o período em que

⁷⁵² Cfr. Neste sentido, Josefina Alventosa Del Río, *La fianza*, ob. cit., p. 166.

⁷⁵³ Cfr. José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, t. XIII, 6ª ed., revisada por J. Gómez y Isabel, Madrid, 1973, p. 366.

⁷⁵⁴ Cfr. Guilarte Zapatero, *Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 134; Díez Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., p. 605; Antonio Gullón Ballesteros, *Curso de Derecho civil*, ob. cit., p. 439.

⁷⁵⁵ Cfr. Guilarte Zapatero, *Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pp. 134 e 135.

detém o direito, significa que o renunciou; porém defende ainda esta autora, que a situação assinalada por Guilarte é mais que uma renúncia tácita, é mesmo a perda do benefício da excussão⁷⁵⁶.

Em Portugal, no domínio dos trabalhos preparatórios, Vaz Serra pareceu defender que não devia ser exigida qualquer forma específica para a renúncia⁷⁵⁷. Porém, Januário da Costa Gomes é apologista que ela deve ser feita pelo mesmo modo exigido para a prestação de fiança (n.º 1 do art.º 628º); isto é, a declaração deve ser expressa, salvo se não for exigida forma para a declaração de fiança. Ao pensar-se de forma diferente, frustrar-se-ia a teologia do n.º 1 do art.º 628º, pois não se pode retirar de comportamentos concludentes ou de factos que com toda a probabilidade o revelem, a intenção de renunciar ao benefício (n.º 1 do art.º 217º). Todavia, se a lei exigir forma solene para a declaração de fiança, a mesma forma deve ser seguida para a declaração de renúncia. Acresce ainda este autor que, ao contrário do que se possa defender, não existe a admissibilidade de uma renúncia tácita no n.º 2 do art.º 641º, visto este preceito obedecer a uma *ratio* específica, favorável ao credor a quem é permitido, ainda que de forma indirecta e limitada, venha a intimidar o fiador para tomar uma posição sobre a sua pretensão quanto ao benefício. Por outro lado, improcede o argumento que o não exercício do benefício da excussão, dentro do prazo estabelecido no n.º 1 do art.º 745º do CPC, corresponde a uma renúncia tácita, mas antes à caducidade do direito de oposição do benefício ao credor⁷⁵⁸.

De forma diferente se pronunciou Pires de Lima e Antunes Varela, ao defenderem que a renúncia ao benefício pode ser tácita, pois não se afastam as regras gerais sobre a declaração de vontade (art.º 217º). Logo, a renúncia pode ser tácita e, em princípio, não precisa de seguir a forma escrita (art.º 219º)⁷⁵⁹. Assim, para estes autores a renúncia não obedece qualquer forma mesmo nas situações em que é exigida forma específica para a obrigação principal, com o argumento que não se afastam as regras gerais sobre a declaração de vontade⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ Neste sentido, Josefina Alventosa Del Río, *La fianza*, ob. cit., p. 167.

⁷⁵⁷ Cfr. Vaz Serra, *Fiança e figuras análogas*, ob. cit., p. 107.

⁷⁵⁸ Cfr. neste sentido, Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pp. 1144-1145.

⁷⁵⁹ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, I4, ob. cit., anot. ao art.º 640º, p. 657.

⁷⁶⁰ Neste sentido também segue a jurisprudência, cfr. Ac. do STJ de 13 de Maio de 2008; Ac. da RC de 07 de Outubro de 2008; Ac. da RG de 27 de 11 de 2008; Ac. da RP de 21 de Março de 2013, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

Ora, a nosso ver a *ratio* do n.º 1 do art.º 628º deve-se considerar extensiva a renúncia. Nestes termos, a declaração de renúncia ao benefício da excussão deve seguir a forma exigida para a obrigação principal.

V – Valendo-nos disso, não se deixa de questionar se é legítima a exigência de liberação imediata?

Pois bem, o direito à liberação traduz-se em o fiador puder exigir do devedor principal a sua desvinculação. Com isso, pretende evitar o cumprimento da obrigação fidejussória. Assim, a razão do direito à liberação ou à prestação de caução funciona mesmo como uma forma de repor o equilíbrio de uma relação jurídica que se alterou em prejuízo do garante, sendo exercido no confronto entre este e o devedor e não no âmbito das relações do fiador com o credor perante quem ele continua a responder.

Nas palavras de Januário da Costa Gomes, a *ratio* do direito à liberação não permite exigir que esta seja imediata. Na verdade, é necessário que o fiador dê ao devedor um prazo razoável que varia consonante a situação concreta e o risco corrido pelo fiador. Todavia, perscrutando um pouco mais, reconhece-se a existência de um critério legal a opor-se a esta posição. Falamos da situação prevista na al. d) do art.º 648º do CC. De modo elucidativo este preceito legitima a existência de liberação imediata⁷⁶¹, parecendo-nos aceitável esta consagração legal.

Por outro lado, proclama-se que a liberação do fiador não deve dar-se *de iure*, pois pode acontecer que o garante queira manter-se vinculado. Assim, querendo usar do direito de desvinculação, deverá para tanto exigir isso do devedor, mas apenas depois de conhecer as circunstâncias que fundamentam o seu direito.

VI – Em síntese, perante o que foi dito, conceitualmente enquadra-se o direito à liberação no âmbito das relações que se estabelecem entre o devedor principal e o fiador. Mas aqui levanta-se outro problema: será possível ao fiador exigir a sua liberação quando a fiança é prestada sem o conhecimento do devedor ou contra a vontade deste?

No estudo da fiança uma das questões que mais se discute na doutrina é, sem dúvida, a possibilidade do exercício da acção de liberação, quando a garantia tenha sido constituída sem o conhecimento do devedor principal ou contra a sua vontade.

⁷⁶¹ Veja-se, Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pp. 846-847.

Sobre a questão, defende a doutrina francesa majoritária que não é possível ao fiador o exercício do direito à liberação contra o devedor, caso a garantia tenha sido constituída contra a vontade do devedor principal ou sem o seu conhecimento⁷⁶².

A doutrina italiana também não deixou de se pronunciar acerca deste problema. Assim, face ao silêncio do art.º 1953º do *codice* quando declara: “*Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti [...]*”; defende Fragali que sendo a liberação um meio de tutela preventivo e cautelar em relação ao direito de sub-rogação, não há motivos para o excluir tanto nas fianças prestadas sem o conhecimento do devedor como nas *prohibente debitor*; pois mesmo quando o devedor não participa, nem mesmo indirectamente na constituição do contrato de fiança, tal não deixa de resultar num interesse para ele. Afirma ainda o mesmo autor, que o interesse a ter-se em conta é o do fiador; e este ao assumir validamente a fiança tem interesse em cumprir, mediante o pagamento da dívida afiançada, com a sua justificação num negócio de fiança e não na relação jurídica com o devedor. Acresce ainda Fragali, que a oposição do devedor não tem força suficiente para impedir a constituição da garantia; por isso é de todo inconcebível que ela consiga reduzir os efeitos típicos da fiança; além do mais, nenhuma limitação se pode deduzir da letra de um preceito que está formulado genericamente e admite todo tipo de fianças⁷⁶³. Repare-se, em torno disso, que a opinião deste autor é apoiada pela doutrina majoritária.

Por seu lado, o Direito espanhol também não deixou de se debruçar sobre a necessidade ou não de existência de uma relação que se justifique entre o devedor e o fiador, para que este último possa agir contra o devedor principal, antes mesmo do cumprimento da obrigação fidejussória. No caso, toda esta discussão surge em face do silêncio do art.º 1843º do CCE.

Sobre a questão se pronuncia Carmen Arija Soutullo. Afirma esta autora, que o n.º 2 do art.º 1823º do CCE permite que a fiança possa ser prestada mesmo contra a vontade do devedor principal, e tal não obsta que o contrato de fiança produza os efeitos previstos na lei; aqui parece não existir qualquer excepção a esta regra. Por seu turno, o

⁷⁶² Veja-se, Simler, *Cautionnement et Garanties Autonomes*, ob. cit., p. 412.

⁷⁶³ Veja-se, Michele Fragali, *Della fideiussione*, ob. cit., pp. 420- 421 e 423; Alberto Ravazzoni, *Fideiussione*, ob. cit., 287. Em posição contrária Valerio Campogrande, *Trattato della fideiussione*, ob. cit., p. 72.

art.º 1838º, *in fine*, do CCE, determina que o fiador caso cumpra a obrigação fidejussória deve ser indemnizado pelo devedor, mesmo que este não tenha prestado o seu consentimento para a constituição do vínculo de garantia. À luz desta construção legal, argumenta Arija que a fiança mesmo constituída contra a vontade do devedor sempre deriva para este um interesse. E é justamente desse interesse que o devedor tem na constituição da garantia fidejussória, que nasce o requisito de eficácia interna da fiança. Deste modo, se a oposição do devedor não impede a constituição da garantia, tão pouco deve dificultar a produção dos seus efeitos legais; pois a intervenção do fiador será sempre útil para o devedor principal, ou no mínimo não o prejudica. A ser assim, segundo este critério, os efeitos da fiança entre o fiador e o devedor estariam em função deste ter-se obrigado “*pro debitor, hoc est, ad utilitatem debitoris*”⁷⁶⁴ e, por essa razão, não existiria fiança constituída contra os interesses do devedor. Por conta disso, a doutrina maioritária está de acordo com a ideia de que o art.º 1843º do CCE aplica-se a todas as espécies de fianças, mesmo as prestadas *prohibente debitore* ou no interesse do credor. Assim, a finalidade da acção de cobertura prevista no art.º 1843º do CCE, legitima ao fiador puder dirigir-se contra o devedor, ainda que a garantia tenha sido constituída contra a sua vontade. Ao pensar-se de maneira diversa, o fiador ver-se-ia privado da protecção jurídica que o preceito confere, sem nenhuma distinção de todos os outros fiadores. Porém, a actuação do fiador sempre se deverá pautar no princípio da boa-fé, para que não se verifique uma conduta contrária aos seus próprios actos ⁷⁶⁵.

À margem desta posição, no entanto, encontramos Anna Casanovas Mussons, para quem, do mesmo modo que o credor tem interesse na fiança, deve entender-se também que o devedor tem interesse em ser afiançado. Neste sentido, o interesse do credor afecta a própria existência da fiança e o interesse do devedor produz a eficácia interna da garantia. Não basta, pois, que o fiador intervenha à luz do interesse do devedor principal. Com efeito, deve ter-se em conta, igualmente, o próprio interesse do devedor afiançado na intervenção do fiador. Daí que o papel do devedor surge nesta sede com plena relevância jurídica. Sob esta visão, em definitivo a atitude do devedor principal – consentimento, desconhecimento ou oposição (n.º 2 do art.º 1823º do CCE) – é a manifestação do seu interesse em ser afiançado; interesse cuja contingência, anote-

⁷⁶⁴ Em nome do devedor, ou seja, em benefício do devedor.

⁷⁶⁵ Cfr., Carmen Arija Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., pp. 56-68; no mesmo sentido, Guilarte Zapatero, Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p. 301.

se, não contradiz a afirmação da sua necessidade para a eficácia interna da garantia, tanto que constitui a sua base fundamental. Assim, entende esta autora que em matéria de efeitos da fiança entre devedor e fiador, o termo “*fiador*” designa em todo o caso unicamente aquele que ostenta esta qualidade diante do devedor afiançado. A este garante vêm dedicados exclusivamente os arts. 1838º e 1843º, ambos do CCE. Contudo, o fiador que se encontre numa das situações previstas no art.º 1843º do CCE e que se tenha vinculado *prohibente debitor*, não goza do direito à liberação. Pois, para esta autora o referido preceito (tal como o art.º 1838º do mesmo código, que regula a indemnização do fiador que tenha cumprido a obrigação fidejussória) compreende as antigas acções contrárias de mandato e de gestão de negócios. Nestes termos, considera que este conceito de gestão de negócios apresenta-se incompatível com a oposição do devedor principal. Além de que, afirma a mesma autora, não existe entre o devedor e o fiador um vínculo fidejussório a justificar a aplicação do mencionado preceito, pois o fiador é um terceiro perante o devedor. Em face disso, diz ainda Mussons, o art.º 1843º do CCE é uma norma típica e exclusiva do fiador vinculado. Entretanto, em seus argumentos Casanovas faz ver que só se justifica a aplicação do art.º 1843º do CCE, quando o fiador se vinculou desinteressadamente em benefício do devedor principal, não sendo aplicável ao fiador “*in rem suam*”⁷⁶⁶, onde os pressupostos de aplicação deste dispositivo legal – interesse do credor e prejuízo do fiador – não se encontram presentes. Conclui a autora que, sem prejuízo da solução apresentada, deve distinguir-se as situações nas quais o fiador tenha ou não afiançado desinteressadamente⁷⁶⁷. Contra esta posição, Carmen Arija afirma que a concepção defendida por Mussons não se ajusta à actual configuração da fiança como garantia. Pois, o critério do interesse do devedor, não deve ser considerado como determinante na altura de decidir os efeitos da fiança entre o fiador e devedor, porque a fiança não encontra forçosamente a sua justificação na gestão de negócios. Com efeito, a gestão não implica de modo algum que o fiador fica obrigado frente ao credor a cumprir uma dívida, pelo menos de algum modo, dívida de outrem. Nem o mandato de gestão constitui o mandatário ou o gestor em obrigado, ainda que subsidiariamente, frente ao credor. Claramente, a fiança até pode ter a sua origem num contrato de mandato ou de gestão de negócios alheios, mas

⁷⁶⁶ É o fiador que intervém por interesse próprio, faz da prestação da fiança o seu negócio e obtém vantagens disso; por essa razão a sua desvinculação mostra-se incongruente.

⁷⁶⁷ Veja-se, Anna Casanovas Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., pp. 179-185.

não tem de ser assim em todas as situações. Nesta conformidade, o contrato de fiança vai produzir efeitos nas relações entre credor e fiador e também nas relações deste último com o devedor⁷⁶⁸.

Seguindo a posição de Anna Mussons, Carrasco Perera é apologista de que o art.º 1843º do CCE não se aplica quando o devedor e o fiador não se encontram numa relação que o CCE considere exemplar. Com efeito, denomina de relação exemplar a que se estabelece entre o devedor e o fiador, embora o referido código não cuide de a clarificar; pelo contrário, de forma implícita aponta como relação típica a pactuada entre o credor e o fiador⁷⁶⁹.

Outros códigos como o Argentino (art.º 2207º) e o Uruguaio (art.º 2229º), negam a possibilidade do fiador gozar do direito à liberação, nas situações em que a garantia tenha sido constituída contra a vontade do devedor principal ou sem o seu conhecimento.

Na vigência do CS, a doutrina não deixou de questionar se gozará sempre o fiador do direito à liberação que lhe é conferido pelo art.º 844º. Para Américo da Silva Carvalho, não existem dúvidas que no caso de a fiança ser prestada a pedido do devedor, se deve sempre aplicar o regime estabelecido no preceito citado. Mas quando o fiador se obriga perante o credor, sem que o devedor tenha tido qualquer interferência, ou mesmo contra a sua vontade, parece não gozar o fiador do direito à liberação contra o devedor. Defende, por conseguinte, o autor que “*para que o fiador goze do direito de liberação, deve existir entre este e o devedor uma relação jurídica que justifique a existência de tal direito*”. No juízo do referido autor, não fará qualquer sentido que o garante tivesse o direito à liberação contra o devedor, quando a fiança houvesse sido prestada contra a sua vontade; mas também não se deve afirmar, sem mais, que o fiador tem o direito a desvincular-se ou esse direito nunca existiu. Efectivamente, poderá existir ou não esse direito. Caso exista ou não uma relação jurídica que se justifique entre o garante e o devedor principal. Assim, na eventualidade de o fiador agir como gestor de negócios do devedor, e essa gestão apresentar requisitos dos quais dependem as obrigações do dono do negócio para com gestor, é possível o direito à liberação. No entanto, se o fiador se obrigou no interesse do credor e não do devedor, não goza o

⁷⁶⁸ Cfr. Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., pp. 61-62.

⁷⁶⁹ Veja-se, Carrasco Perera, Fianza, Accesoriedad y Contrato de Garantía, ob. cit., p. 40 e ss.

fiador do direito à liberação⁷⁷⁰. Na mesma linha de pensamento, Vaz Serra chegou mesmo a sugerir no seu Anteprojecto, no n.º 3 do art.º 24º, que se não existir entre o devedor e o fiador uma justificada relação, não há lugar ao direito de liberação do fiador⁷⁷¹. Para Vaz Serra, o direito à liberação exerce-se contra o devedor principal. Com efeito, se a fiança foi prestada sem o acordo deste último, nem existe uma relação que se justifique – gestão de negócios –, parece não ser de aceitar que o fiador possa exigir do devedor a sua desvinculação, se este a nada está obrigado com o fiador. Porém, acresceu ainda Vaz Serra, estando o fiador em situação de risco de ter de cumprir a obrigação fidejussória, pode sempre dirigir-se ao credor para que este o exonere da fiança ou cesse o contrato celebrado entre ambos, mas nunca poderá exigir tal libertação contra o devedor⁷⁷².

Quanto ao direito vigente, constitui facto assente que o art.º 648º do CC também se remete ao silêncio quanto a este problema. Contudo, tal como o *codice*, o CC português determina no n.º 2 do art.º 628º que a fiança pode ser prestada sem o conhecimento do devedor ou contra a vontade dele. Claramente, esta previsão, tal como do art.º 1953º do *codice*, reflecte a tendência existente nos códigos mais recentes que permitem a qualquer fiador exigir a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu eventual direito contra o devedor, antes do pagamento da obrigação fidejussória. Porém, aparentemente fica-se com a ideia que este direito à liberação pode ser utilizado por qualquer fiador, visto não existir neste preceito qualquer limitação.

Sobre tal questão se pronunciou Almeida Costa, para quem: “ [...] *a fiança é susceptível de constituir-se sem o acordo do devedor ou outra relação que a justifique em face dele, como a gestão de negócios. Represente-se uma fiança puramente convencionada entre o fiador e o credor, com exclusivo intuito de favorecer este último. Então, para o efeito, tudo se circunscreve às relações do fiador com o credor, não existindo direito à liberação ou à prestação de caução*”⁷⁷³. Segundo Januário da Costa Gomes, o direito à liberação não constituindo um direito pessoal do garante, exige ou supõe uma especial relação entre o devedor e o fiador que torne este, a nível das relações internas, credor da liberação. Avançando em seus pormenores, acresce o autor que o fiador *in rem suam* – o sujeito que afiança em benefício próprio, que faz o seu

⁷⁷⁰ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., pp. 195-196.

⁷⁷¹ Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 304.

⁷⁷² Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 212-213 e n. 380b da p. 213.

⁷⁷³ Cfr., Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 901.

próprio negócio⁷⁷⁴ – adopta uma atitude incongruente quando pretende a sua desvinculação, já que não corre propriamente um risco típico de fiador⁷⁷⁵.

A esse respeito, devemos assinalar que o art.º 648º se insere no âmbito das relações entre o fiador e o credor, porém o direito à liberação circunscreve-se às relações entre fiador e devedor. Assim, pergunta-se: será correcto aplicar-se as relações internas um preceito cuja previsão se enquadra no âmbito das relações externas? Ou seja, a circunstância da fiança puder ser prestada sem o consentimento do devedor, implica que esse aspecto se possa estender validamente por todo o regime da fiança, mesmo estando em causa relações internas?

Parece-nos que a resposta é negativa. Todavia, não se deve perder de vista, aliás é facto assente, que a fiança pode ser prestada sem o conhecimento do devedor ou contra a sua vontade. Mas tal previsão enquadra-se no âmbito das relações *tout court* e, sem mais nem menos, se poderá aplicar tal disposição ao âmbito das relações internas entre fiador e devedor. Com esse espírito, quando a fiança tenha sido constituída por acordo entre o fiador e o credor, com vista a beneficiar este último, e o devedor não tenha dado o seu consentimento expresso ou tácito, não pode o fiador exigir do devedor principal o direito à liberação ou à prestação de caução. Portanto, nestas situações o que se verifica é a ausência de uma relação entre o devedor e o fiador que justifique a existência de tal direito. Assim sendo, olhando para estas situações, mas a *contrario sensu*, verificamos que se aplica o art.º 648º aos casos em que o devedor consentiu a prestação de fiança, ainda que tacitamente, e esta prestação também o beneficie.

Neste campo, há de se ter em consideração que a faculdade de liberação supõe uma solução de equidade para o fiador que generosamente afiançou o devedor e injustamente terá de cumprir a obrigação fidejussória. Por essa razão, é que as situações nas quais o fiador se vinculou *in rem suam*, não se mostra razoável que este possa exigir a sua liberação, pois apresenta-se contraditório que o garante que intervenha em benefício próprio, seja contemplado com esta faculdade, onde não existe nem o interesse do devedor nem o prejuízo do fiador.

Contudo, veja-se, não se exclui a possibilidade do fiador, em todas as situações, inclusivamente nas fianças prestadas sem o conhecimento do devedor ou

⁷⁷⁴ Cfr., Anna Casanovas Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 186.

⁷⁷⁵ Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 844-845.

contra a sua vontade, sub-rogar-se nos direitos do credor contra o devedor principal, na medida em que estes foram por ele satisfeitos (art.º 644º do CC).

2. O direito à liberação na fiança prestada gratuita ou onerosamente

A origem da fiança é marcada pela sua natureza filantrópica, como fizemos já ver⁷⁷⁶. Porém esta realidade aos poucos foi-se alterando, provavelmente porque muitos foram os garantes que sentiram e sentem no âmago a necessidade de verem os seus bens executados para cumprimento da obrigação do devedor principal. Eis porque, muitos foram os que deixaram de se vincular pela simples afeição que demonstraram pelo devedor e começaram a exigir benefícios ou recompensas pela prestação da garantia.

À conta desta realidade, se questiona se a gratuidade ou onerosidade da fiança colide com o direito à liberação do fiador?

O CCE estabelece no seu art.º 1823º que a fiança pode ser convencional, legal, judicial, a título gratuito ou oneroso. Permite, também, que na fiança prestada a título oneroso o fiador receba uma contraprestação, que pode ser conferida pelo credor ou pelo devedor principal.

Ora, diante de tal situação, não deixou de se discutir na doutrina espanhola se a gratuidade ou onerosidade da fiança influência a aplicação do art.º 1843º do CCE.

Para Anna Mussons, deve entender-se por fiador oneroso aquele que haja pactuado com o devedor uma retribuição ou compensação económica pela prestação da garantia. Assim, bem se compreende que tal fiança resulta num benefício para o fiador. Com isso, para esta autora, a existência de uma remuneração ao fiador pela prestação da garantia, não representa, em princípio, um obstáculo ao direito à liberação nas situações previstas no art.º 1843º do CCE, pois a retribuição ao fiador não altera em absoluto o direito a indemnização estabelecido no art.º 1838º do mesmo código, na eventualidade de ter de cumprir a obrigação e, ao compensar-se o fiador, a possibilidade de este ter de cumprir a obrigação apresenta-se como risco natural e não um risco anormal e injustificado. No entanto, acresce ainda esta autora que a conclusão mais acertada seria adoptar por uma solução individual em cada uma das situações previstas no preceito. A ser assim, o critério será o de apurar se o fiador pretende ou não ser remunerado. Nos casos pelos quais do acordo não se deduz que o fiador pretende ser remunerado,

⁷⁷⁶ A natureza onerosa ou gratuita da fiança, veja-se p. 43 e ss. do nosso estudo.

significa que o fiador assumiu um risco maior relativamente àquele que é normal na vinculação fidejussória, como por exemplo, no caso de fianças prestadas por tempo indefinido, onde o fiador deve gozar do seu direito à liberação em qualquer uma das cinco hipóteses elencadas no art.º 1843º do CCE⁷⁷⁷. Porém, realça Anna Mussons que não obstante o silêncio do preceito em não se fazer nenhuma distinção entre fiança gratuita e onerosa, no n.º 5 do art.º 1843º do CCE - *Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años* – se deve aplicar uma solução distinta das restantes situações no caso de a fiança ser remunerada. Para esta autora, considera-se duvidosa a possibilidade de liberação do fiador oneroso neste caso, pois o perigo não radica tanto na possibilidade de insolvência do devedor mas pela excessiva prolongação da sua obrigação no tempo, na qual existem razões para pensar que o garante está mesmo a ser compensado por essa razão e, portanto, é um risco que assume⁷⁷⁸. Definitivamente faz ver a autora, que em qualquer das cinco situações estabelecidas no preceito se exige o acordo entre o devedor e fiador para que exista a retribuição⁷⁷⁹. Delgado Echevarría, por sua vez, indica que para resolver esta dúvida, assim como outros problemas relativos a onerosidade ou gratuitidade da fiança, não se deve olhar para a causa do contrato, mas antes para causa da atribuição que o fiador faz ao credor, consistente em uma vantagem patrimonial que assegura o cumprimento da obrigação através de um segundo património. Desta perspectiva, afirma que a vinculação é onerosa não só quando o fiador recebe uma remuneração do fiador, mas também quando o credor concorda, em atenção a garantia que recebe, obter alguma vantagem. Em todo o caso, pode, em princípio, o fiador exercer o seu direito à liberação⁷⁸⁰. García Goyena faz ver que tratando-se a fiança gratuita de um acto de beneficência a favor do devedor, apresenta-se mais digno ser mais favorecida que a prestada onerosamente, uma vez que esta última beneficia o fiador⁷⁸¹.

⁷⁷⁷ Veja-se, Anna Casanovas Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., pp. 189-192.

⁷⁷⁸ O Anteproyecto do CCE de 1851, no seu art.º 1757º determinava que somente o fiador a título gratuito podia depois de decorridos 10 anos, em fianças sem termo, exigir a sua liberação.

⁷⁷⁹ Veja-se, Anna Casanovas Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., pp. 189-192.

⁷⁸⁰ Neste sentido, Delgado Echevarría, *La fianza en «Elementos de Derecho civil»*, ob. cit., 349.

⁷⁸¹ García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV, ob. cit., p. 163.

Entende, entretanto, Carmen Arija que na eventualidade da retribuição advir do credor ou de terceiro, também não se coloca qualquer oposição ao direito à liberação do fiador, já que existe sempre o risco fidejussório, apesar da recompensa, salvo previsão diferente no contrato de fiança. Porém, se a remuneração a favor do garante corre por conta do devedor, necessariamente pressupõe a existência de um pacto entre ambos os sujeitos, que se pode fazer inclusivamente no próprio contrato fidejussório. Assim, pode ser totalmente independente do negócio que fez nascer a garantia. Em todo o caso, salvo pacto em contrário, o risco assumido pelo fiador é próprio do contrato e não um risco extraordinário ou injustificado. Em razão disso, pode o fiador em todas as situações estabelecidas no art.º 1843º do CCE exigir a sua desvinculação, já que esta não faz qualquer distinção e muito menos impede ao fiador oneroso de desvincular-se⁷⁸². Porém, em conclusão, defende Carmen Arija que em qualquer uma das situações, a hipótese de remuneração do devedor e do fiador deve ser acordada nesse sentido⁷⁸³.

Sobre a questão, previa o CS no art.º 844º que o fiador podia, ainda antes de solver a dívida, exigir que o devedor a pagasse ou se desonerasse da obrigação. Contudo, estabelecia o n.º 6 deste mesmo preceito, que tendo decorrido mais de 10 anos e não tendo a obrigação tempo prefixo, o fiador oneroso não podia libertar-se; somente era permitido nestas circunstâncias ao fiador gratuito libertar-se da referida obrigação. Parece-nos, que a razão na qual assentava tal preceito era que a duração excessiva da fiança prestada a título gratuito, resultava em prejuízo para o fiador. Por essa razão, era permitido a sua desvinculação nos termos expostos.

Nos dias que correm, o nosso art.º 648º do CC envereda por uma posição diferente, quando se furta em determinar se o direito à liberação se circunscreve ou não as fianças prestadas gratuita ou onerosamente. E mais, nem tal conclusão se pode retirar dos restantes preceitos do nosso código. Por esta razão, somos do entendimento que mesmo nas circunstâncias em que o fiador seja recompensado pela prestação da garantia, nada obsta que exerça o seu direito à liberação, salvo pacto em contrário. Assim, nas situações em que esta não seja fixada, notoriamente o fiador assume um risco maior ao vincular-se. Contudo, não ficamos receptivos quanto a possibilidade de coarctar ao fiador oneroso, na situação estabelecida na el. e) do art.º 648º, a possibilidade de exigir

⁷⁸² Cfr. Carmen Arija Soutullo, *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, ob. cit., p. 71; no mesmo sentido, Lacruz Berdejo, *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, col. 1, 1981, p. 735.

⁷⁸³ Cfr. Carmen Arija Soutullo, *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, ob. cit., p. 73.

a sua liberação, pois cabe ao fiador e devedor acordar se pretendem ou não a remuneração.

3. Incumprimento do dever de liberação do fiador

I - De acordo com o que já foi visto até ao presente momento, o art.º 648º confere ao fiador a faculdade de agir contra o devedor de duas formas diferentes. Numa delas, o fiador reclama do devedor a sua liberação a fim de impedir que seja forçado a cumprir a obrigação fidejussória; e na outra, exige do devedor a prestação de caução para garantia do seu eventual direito contra este, caso tenha de satisfazer a dívida. Em resumidas palavras, tenta evitar os efeitos negativos de ter cumprido a obrigação fidejussória e não conseguir obter do devedor o que haja pago.

Assim, não obstante serem recursos diferentes, ambos têm como finalidade comum amparar os interesses do garante pessoal, e não só; pois, de todo o modo, o art.º 648º tem o mesmo espírito dos restantes preceitos do CC quando o legislador tenta proteger, com carácter preventivo, os interesses das partes. Obviamente isso tem importantes virtualidades.

Sendo assim, o devedor tem a obrigação de afastar o fiador da prestação debitória, tão logo lhe seja exigível, pela verificação das circunstâncias previstas no art.º 648º do CC. Porém, é necessário que o garante conceda ao fiador um prazo razoável para obtenção do resultado pretendido, excepto na situação prevista na al. d) do citado dispositivo, em que a desvinculação opera de imediato.

II - Chegados a este ponto, é altura de equacionar a solução possível para o fiador, se após interpelar o devedor principal e lhe conceder um prazo razoável para a sua exoneração, este por qualquer razão não satisfaz a pretensão do garante, por não lhe ser possível ou por não querer fazê-lo.

Ora, como já analisado, o *code* estabelece no art.º 2032º que o fiador, ainda antes do pagamento, pode proceder contra o devedor principal para ser indemnizado por este. Assim, a partir de Pothier deixou de chamar-se “*actio ut liberetur*” para se designar de “*action en indemnité*”⁷⁸⁴. Nestes termos, perante o silêncio do preceito, discutiu a doutrina francesa qual o conteúdo de la “*indemnité*”. Para a doutrina maioritária, a terminologia abrange em alternativa o direito à liberação ou a condenação ao devedor

⁷⁸⁴ Neste sentido, veja-se Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 422.

de uma soma igual ao débito⁷⁸⁵. Laurent, por sua vez, precisa ambos os conceitos apontando a sua subsidiariedade deste modo: “*Se o fiador não procura a liberação da fiança, pode reclamar uma indemnização, que corresponde a soma de dinheiro igual a importância da obrigação garantida*”. Porém o conceito de indemnização excluía todo o tipo de garantia “*ora una garanzia non è una indennità*”⁷⁸⁶.

Sobre esta discussão também se pronunciou a doutrina espanhola. Porém, cabe antes de mais salientar que o art.º 1843º do CCE é uma reprodução formal do art.º 2112º do Anteprojecto de Laurent. No entanto, ocorreu uma supressão de termos como “*indemnité qui la garantisse*” que se traduziu como “*garantía que lo ponga a cubierto*”. Por essa razão, o parágrafo final do art.º 1843º do CCE apresenta-se mais amplo que o estabelecido por Laurent no Anteprojecto Belga (art.º 2112), onde não se consideram incluídas as garantias⁷⁸⁷.

Ora, sobre a questão, defende Anna Casanova Mussons que apesar da fórmula injuntiva do art.º 1843º do CCE, o objectivo principal do fiador é sempre a sua desvinculação do contrato de fiança; porém, em caso de frustração das negociações entre o credor e o devedor relativamente a libertação do fiador, apresentava-se como alternativa à prestação de garantia pelo devedor (parte final do art.º 1843º do CCE). Nestes termos, afirma autora, a própria orientação do citado dispositivo e seus antecedentes, confirmam a introdução da caução como um paliativo à impossibilidade de liberação. Neste sentido, a garantia é uma alternativa da desvinculação. Avança ainda esta autora, que o carácter subsidiário da garantia apresenta-se muito claro, dando como exemplo o estabelecido no n.º 3 do art.º 1843º do CCE (*Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido*)⁷⁸⁸. Para Carmen Arija, o mencionado preceito parte da hipótese segundo a qual o fiador ao ter de cumprir a obrigação fidejussória, revela-se posteriormente difícil recuperar a quantia paga mediante a sub-rogação. Assim, para garantir o seu direito de regresso, o preceito autoriza que este possa exigir do devedor principal a constituição de uma garantia a seu favor, com vista a protegê-lo do perigo que eventualmente correrá ao

⁷⁸⁵ Alexandre Duranton, Corso di diritto civile secondo il codice francese, t. IX – X, Napoli, 1855, p. 359; no mesmo sentido, C. S. Zachariae, Corso di diritto civili francese, trad. Italiana por Francesco Fulvio, Napoli, 1868, t. II, p. 427.

⁷⁸⁶ Laurent, Principes de Droit civil français, ob. cit., p. 258.

⁷⁸⁷ Anna Casanova Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 213.

⁷⁸⁸ Anna Casanova Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., pp. 212-213.

cumprir a obrigação. Para esta autora, esta acção é a que parece mais adequada às circunstâncias referidas no n.º 1, 2 e 4 do art.º 1843º do CCE (*Cuando se ve demandado judicialmente para el pago; En caso de quiebra, concurso o insolvencia; Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse*), porquanto o exercício da acção de liberação, nestes casos, seguramente resulta inútil. Porém, mostra-se lógico pensar que o devedor não tem intenção de se esquivar ao pagamento do crédito. Acresce ainda Carmen Arijá, que nas três situações atrás descritas é difícil pensar que o devedor aceitará liberar o garante, e muito menos chegar a um acordo com o credor para a modificação ou extinção da garantia constituída a seu favor. Assim, a prestação de caução pelo devedor tem como finalidade acautelar qualquer prejuízo para o património do fiador - que não consiste tanto em ter de cumprir a obrigação, mas sim nas dificuldades que poderá ter para recuperar do devedor o que haja pago -, mediante a constituição da garantia⁷⁸⁹. Em sentido aproximado, Pérez Álvarez declara que só alguns dos pressupostos do art.º 1843º do CCE reclamam como consequência lógica a liberação do fiador. Apresenta como exemplo o n.º 3 e 5 deste preceito (*Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido; y al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años*); os outros pressupostos requerem, por si só, que o devedor constitua uma garantia a favor do fiador, como por exemplo o n.º 1, 2 e 4 do preceito citado - *Cuando se ve demandado judicialmente para el pago; en caso de quiebra, concurso o insolvencia; y cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse*”⁷⁹⁰. Por sua vez, Guilarte Zapatero para quem, apesar do exercício do direito à liberação competir ao fiador, diante do incumprimento pelo devedor principal da obrigação de exoneração do garante, este último pode exigir do afiançado devedor uma indemnização por perdas e danos. No entanto, não deixa este autor de asseverar que a eficácia deste tipo de acção é claramente reduzida, visto existirem muitas dificuldades em determinar quais os prejuízos sofridos pelo fiador, situação que cabe a

⁷⁸⁹ Cfr. Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., pp. 35-36.

⁷⁹⁰ Veja-se, Miguel Ángel Pérez Álvarez, Solidaridad en La Fianza, ob. cit., p. 265.

este fazer prova⁷⁹¹. Na sequência disso, um outro autor hispânico, Cordero Lobato, formula que os danos derivados da não liberação do fiador, coincidem exactamente com a quantia devida pelo devedor quando o fiador cumpre a obrigação, nos termos do previsto art.º 1838º do CCE⁷⁹².

Quanto ao nosso ordenamento jurídico, durante a vigência do CS, declarou Luís da Cunha Gonçalves que o art.º 844º devia considerar-se na prática uma inutilidade, excepto o seu n.º 1, que era relativo à antecipação de pagamento; nas restantes situações lá previstas, o fiador não ficaria liberado, nem o devedor seria obrigado a pagar antes de terminar o prazo, nem mesmo o credor de reclamar o pagamento na eventualidade de também ser estipulado prazo a seu favor. Acresceu ainda este autor, que o devedor podia quando muito ser obrigado a indemnizar o fiador pelas perdas e danos, mas esta situação já se encontrava disposta no art.º 838º do CS (*O fiador, que for obrigado a pagar pelo devedor, tem o direito de ser por elle indemnizado*) a favor do fiador que pagou⁷⁹³. Logo, o art.º 844º do CS só autorizava o fiador exigir que o devedor pagasse ao seu credor, e não que pagasse a ele fiador o que ainda não havia desembolsado. Daí ter concluído pela inutilidade deste preceito⁷⁹⁴.

Em posição contrária encontramos Américo da Silva Carvalho, para quem o facto do art.º 844º do CS não indicar, claramente, o meio pelo qual o fiador devia utilizar para exercer o direito conferido por este preceito, lhe permitia chegar a mesma conclusão a que chegou Cunha Gonçalves. No caso vertente, para este autor, o art.º 844º do CS não teria de facto qualquer utilidade se não atribuísse ao fiador um meio de constranger o devedor a acautelá-lo contra o prejuízo que resultaria de não poder mais tarde exercer o direito de regresso. Afirmar ainda o autor, que reconhecer ao fiador apenas um direito a indemnização pelas perdas e danos que possa sofrer, é o mesmo que nada; pois se o devedor vier a tornar-se insolvente, de nada servirá então ao garante o direito a uma indemnização. Portanto, é desse perigo que o citado preceito quer proteger

⁷⁹¹ Veja-se, Guilarte Zapatero, Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XXIII, ob. cit., p. 299.

⁷⁹² Veja-se, Cordero Lobato, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, n. 40, 1996, pp. 237 - 254.

⁷⁹³ Veja-se, Luís da Cunha Gonçalves Tratado De Direito Civil, vol. V, ob. cit., p. 207.

⁷⁹⁴ No mesmo sentido declara Humberto Lopes, “[...] *não admira, realmente, que Cunha Gonçalves crivasse de sarcasmo este malfadado art.º 844º, mais bem intencionado do que eficiente – uma vez que, no fim de contas, o fiador só terá direito a uma indemnização de perdas e danos, caso o devedor faça orelhas moucas ou o credor não esteja pelos ajustes*”. Afirmar ainda este autor luso que: “[...] e não esquecer que o art.º 838º, sem a crueza e dura necessidade dos casos do art.º 844º, já dava ao fiador o direito (quantas vezes só teórico!) de receber uma indemnização, pelo que nem essa circunstância figura como prémio de consolação do não funcionamento do artigo. Veja-se, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 61.

o fiador. Em poucas palavras, como faz ainda notar o autor, o fundamento deste art.º 844º do CS consistia na obrigação do devedor colocar o fiador em situação de não sofrer qualquer prejuízo. Explicou também o mesmo autor, que o fiador para se fazer valer do direito previsto no citado preceito, podia exigir do devedor que não cumprisse a obrigação nem o liberasse da fiança, mas antes, que efectuasse depósito do montante da dívida quando a obrigação principal estivesse vencida; todavia, nas situações em que a dívida não estivesse vencida, mas o devedor se tinha comprometido a exonerar o fiador em momento anterior ao seu vencimento, não se mostrava razoável que se obrigasse o devedor a efectuar o depósito, até porque se tornava difícil apurar qual o valor deste, pelo que nestas circunstâncias deveria o juiz obrigar o devedor a prestar caução, como por último referiu o autor⁷⁹⁵.

Antes de Américo da Silva Carvalho, porém, já Vaz Serra tinha equacionado a necessidade de se distinguir consoante a dívida principal estivesse ou não vencida. Afirmava este autor, que se a obrigação principal estivesse vencida, o fiador podia executar o devedor para a obtenção da quantia necessária ao pagamento da dívida, sendo esta quantia entregue ao credor em pagamento; não estando a dívida principal vencida, mas já se conhecendo o quantitativo da obrigação principal, podia o fiador também exigir o depósito dessa importância pelo devedor; desse modo, caso tenha de pagar ao credor aquilo com que poderá satisfazer-se, é então como se tivesse o fiador sido liberado da fiança, pois à liberação tem em vista impedir o prejuízo que ao fiador pode ter causado pela manutenção da fiança e, através do depósito, evita esse prejuízo. Portanto, é normal que o devedor forçado a efectuar o depósito prefira satisfazer o crédito. Contudo, se a obrigação principal não estava vencida nem era susceptível de determinação no momento em que o fiador podia exigir a sua liberação, o devedor em vez de exonerar o fiador, podia prestar caução para garantia do seu possível direito resultante da satisfação do credor, apesar da garantia não assegurar ao fiador uma situação tão segura quanto ao depósito, pois essa pode diminuir de valor, pelo que o garante precisaria de exigir o seu reforço, e daí incómodos e prejuízos; porém, não se apresenta razoável exigir um depósito ao fiador quando a dívida ainda não é exigível⁷⁹⁶. Nesta senda, no seu Anteprojecto Vaz Serra chegou mesmo a sugerir um articulado onde descreve a sua posição: “*Se a obrigação principal for exigível, pode o fiador, em*

⁷⁹⁵ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., pp.183-187.

⁷⁹⁶ Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 216-220; o mesmo autor também se pronunciou sobre a questão na sua obra, Fiança (Algumas Questões), ob. cit., p. 58 e ss..

alguns dos casos do parágrafo 1º, exigir a sua liberação e, se o devedor o não liberara, o depósito, a título de caução, da importância daquilo que ele fiador, por ter de pagar ao credor, terá o direito de haver do devedor, ou a entrega dessa importância ao credor nos limites do crédito deste último. Se a obrigação principal não for ainda exigível, pode o fiador, em algum dos referidos casos, exigir a sua liberação e, se o devedor o não liberar, a prestação de garantia idónea para o seu eventual direito contra o devedor, consequente à satisfação do credor (n.º 2 do articulado 24º) ⁷⁹⁷.

Entretanto, como se responde ao problema no actual CC?

Nos dias que correm, é o art.º 648º que confere solução ao problema do devedor que por qualquer razão não quer ou não pode desvincular o fiador. Porém, note-se que este dispositivo não é uma novidade no Código vigente, apenas vem aperfeiçoar o já previsto no art.º 844º do CS. Efectivamente, tal como já vimos, naquela altura se exigia ao devedor, em certos casos, que pagasse a dívida ao credor ou desonerasse o fiador. Contudo, a nosso ver, parece-nos que a fórmula utilizada no art.º 648º do Código de Varela assiste maior nitidez que a prevista do art.º 844º do CS.

Por ser assim, determina o art.º 648º do CC que o fiador pode exigir do devedor a prestação de uma caução para a garantia do seu eventual direito contra este. Ou seja, em caso de frustração do direito à liberação do garante, este tem como recurso subsidiário a faculdade de exigir do devedor a prestação de caução. Portanto, em rigor, a caução aparece como alternativa ao direito à liberação do fiador, expressando neste sentido uma precaução destinada a assegurar o fácil cumprimento das obrigações assumidas. Nesta perspectiva, cabe exclusivamente ao fiador a escolha entre uma possibilidade ou outra; por isso, não parece descabido que o fiador possa primeiro exigir a liberação e posteriormente exigir a prestação de caução ou, ao contrário, exigir inicialmente a prestação de caução e posteriormente a sua liberação ⁷⁹⁸.

III - Diante de tais considerações, despoleta nitidamente outra questão: será que esta constitui única solução do fiador? Ou terá em mãos outros mecanismos gerais contra o devedor pelo incumprimento do dever de liberação?

O art.º 844º do CS inspirou-se no art.º 2032º do *code*, porém não consagrou a possibilidade de o fiador poder agir contra o devedor para ser por ele indemnizado. Ora, não obstante o fundamento do preceito ser o mesmo, o devedor deverá colocar o fiador

⁷⁹⁷ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 304-305.

⁷⁹⁸ Neste sentido, Fragali, Commentario, ob. cit., p. 415.

em situação de não sofrer qualquer prejuízo. Como se vê, notoriamente o art.º 844º do CS vai mais longe relativamente ao art.º 2032º do *code*, quando determina que o devedor deve pagar a dívida ou desonerar o garante da fiança. Mas porquê que o preceito não consagrou o direito a indemnização tal como previsto no *code*?

Sobre a questão se pronunciou Américo da Silva Carvalho, para quem o nosso legislador ao verificar que não se tratava de uma verdadeira acção de indemnização, pois o fiador ainda não tinha sofrido qualquer prejuízo, decidiu pela supressão do termo. Mas não só. Acresce o autor, que ao manter-se a expressão daria lugar a dúvidas, pois levaria a discussão se o devedor prestaria somente caução ou seria necessário efectuar também o depósito do montante em dívida⁷⁹⁹.

Já vigência do CC de 1966, Pires de Lima / Antunes Varela defenderam: “*O que o devedor pode é cumprir a obrigação, se ela estiver vencida ou o prazo tiver sido estipulado em seu benefício, como é a regra. Não se verificando nenhum destes casos, resta apenas ao fiador exigir a caução a que se refere este artigo. O direito de liberação é apenas um direito contra o devedor, e não contra o credor, que não pode ser prejudicado*”⁸⁰⁰. Parece-nos que estes autores defenderam que o fiador somente tem a sua disposição ou o direito à liberação ou a prestação de caução, sendo-lhes vedado o recurso os mecanismos gerais.

No tocante a isso, Januário da Costa Gomes defende a possibilidade de o fiador poder exigir do devedor principal a devida indemnização por perdas e danos decorrentes do incumprimento do dever de liberação. Porém, faz ver o autor que sendo esta hipótese possível, normalmente é posta de parte; pois em princípio, nesta fase não existem ainda danos a indemnizar, ou se existem são extremamente difíceis de provar; além de que o fiador não conseguirá a sua liberação através desta alternativa; no máximo, se assim o conseguir provar, será apenas ressarcido pelos prejuízos sofridos decorrentes da manutenção da fiança. Faz ainda ver o autor, que a acção de indemnização é uma alternativa demorada e pouco prática, por essa razão desencorajadora; portanto o mecanismo da liberação é que tem estritamente a ver com as relações entre devedor e fiador e não prejudica ao credor⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ Cfr. Américo da Silva Carvalho, *Extinção da fiança*, ob. cit., pp. 189-190.

⁸⁰⁰ Veja-se, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, anot. ao art.º 648, ob. cit., p. 664.

⁸⁰¹ Veja-se Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pp. 848-850.

Ora, do exposto estima-se que a acção de indemnização dispõe de diminuta eficácia, não só pela dificuldade em determinar os prejuízos, cuja prova tem de ser apresentada pelo fiador, mas também pela situação na qual se encontra o devedor, que certamente não é fácil. Assim, a situação patrimonial do devedor, em princípio, leva-nos a pensar que será difícil o fiador obter qualquer indemnização pelo incumprimento do dever de liberação.

Nestes termos, somos levados a crer que a acção de liberação, assente justamente em evitar que o fiador cumpra a obrigação e assuma mais riscos para além daqueles assumidos com a vinculação fidejussória, será sempre a solução mais equilibrada. Pois, além de ter uma função preventiva, tem igualmente uma função de pressão sobre o devedor a favor do credor⁸⁰², de forma a pagar a dívida. Todavia, como já salientamos, pode o fiador aceitar uma garantia a seu favor, inclusivamente, pode exercitar ambas as acções, a liberação e a prestação de garantia. O que não quer dizer que este se encontre obrigado a aceitar a garantia.

IV - À vista do apresentado, cumpre colocar o seguinte: tendo o fiador optado pela prestação de caução, ou forçado a tal escolha pelo fracasso do seu direito à liberação, equaciona-se qual a garantia que deverá o devedor principal prestar ao fiador?

Notoriamente o art.º 648º utiliza a expressão “*prestação de caução*”, portanto utiliza o termo caução em sentido amplo, o que naturalmente nos leva a crer que o legislador permite que ao devedor prestar qualquer espécie de caução, desde que seja bastante para cobrir o direito de regresso do fiador. Fala-se assim, pois determina o n.º 1 art.º 624º: “*Se alguém for obrigado ou autorizado por negócio jurídico a prestar caução, ou esta for imposta pelo tribunal é permitido prestá-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal*”. Na eventualidade de não existir acordo entre as partes, caberá ao tribunal apreciar a idoneidade da caução (n.º 2 do art.º 624º remete para o n.º 3 do art.º 623º).

Contudo, optando o fiador por exigir a prestação de caução ou vendo-se obrigado a valer-se dessa medida, deve lançar mão do processo de prestação de caução estabelecido no art.º 906º e ss do CPC. Com base neste preceito, tal processo inicia com um requerimento elaborado pelo fiador onde deve indicar além dos fundamentos da sua

⁸⁰² Fragali, Della fideiussione, ob. cit., p. 417. No mesmo sentido Simler, que considera que o art.º 2032º funciona como uma medida de pressão ao devedor particularmente útil. Cautionnement, ob. cit., p. 468.

pretensão, o valor a ser caucionado e, para evitar percalços, deve logo oferecer provas. No entanto, como nem pode deixar de ser, o devedor-réu tem a faculdade de contestar ou oferecer caução idónea, devendo indicar logo as provas (n.º 1 do art.º 907º do CPC). Todavia, se no decorrer da acção o devedor-réu não prestar a caução no prazo estipulado, pode o fiador-autor requerer a hipoteca ou outra cautela idónea (n.º 1 do art.º 912º do CPC). Entretanto, como não é demais salientar, a referida cautela idónea pode incidir sobre coisas móveis ou direitos insusceptíveis de hipoteca. Consequentemente, pode o credor requerer a apreensão do objecto e a entrega deste ao fiador ou a um depositário, observando-se o disposto quanto à penhora, embora a garantia assim constituída seja dada como penhor (n.º 2 do art.º 912º do CPC).

Com este propósito, note-se, o fiador pode requerer a apreensão de quantias depositadas no banco, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos. Contudo, se o devedor cumprir a obrigação, a fiança extingue-se de acordo com o velho princípio da acessoriedade; caso o devedor não cumpra, continuam tais bens como garantia prestada pelo devedor de forma a proteger o fiador do seu direito eventual contra o devedor principal.

4. Regime jurídico do direito à liberação

I – A faculdade liberatória contemplada no art.º 648º se integra no âmbito de uma intervenção fidejussória face ao devedor principal. Assim, o referido preceito formula nas suas cinco alíneas as situações em que se torna possível ao fiador exigir do devedor a sua liberação ou a prestação de caução. Situações que igualmente se encontram previstas, com algumas diferenças, em outros códigos civis modernos tal como o *code* (art.º 2032º), o *codice* (art.º 1953º) e o CCE (art.º 1843º).

Todavia, constitui facto assente que este preceito não é taxativo e nada obsta que as partes acordem a dilatação ou a supressão dos fundamentos previstos na lei. Contudo, também é certo que se as partes não ajustam afastar alguns desses fundamentos, o enunciado pelo referido preceito aplica-se na sua plenitude e o fiador não poderá invocar outros fundamentos, além dos legalmente previstos. Se por outro lado, os renunciarem, como explica – e bem - Januário da Costa Gomes, “*apenas significa uma fiança com maiores riscos para o fiador*”⁸⁰³.

⁸⁰³ Veja-se, Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória De Dívida*, ob. cit., pp. 852-853.

Posição oposta, contudo, é a defendida pela doutrina francesa, que tradicionalmente classifica esta norma como excepcional. Para Laurent: “[...] *tutti riconoscono che è per deroga ai principii e per consideración d’equità che la legge permette al fideiussore d’agire, quando non han ancora pagato. Ora le disposición eccezionali non si estendono, memmono per via analógica, che è decisivo*”⁸⁰⁴. No mesmo sentido Simler faz ver que o art.º 2032º do *code* é uma norma excepcional, na qual se obriga a uma interpretação restritiva⁸⁰⁵. Assim o considera, por permitir que o fiador pode mesmo antes de cumprir a obrigação fidejussória agir contra o devedor, já que a regra geral só autoriza ao fiador dirigir-se contra devedor principal depois de ter pago ao credor. Por consequência, entende a doutrina francesa maioritária que só nos casos expressamente previstos na norma, se possibilita o fiador agir contra o devedor antes de ter cumprido a obrigação fidejussória.

Por sua vez, a doutrina maioritária espanhola considera que as acções de liberação e de cobertura unicamente procedem nas circunstâncias taxativamente estabelecidas no art.º 1843º do CCE; porém, pode admitir-se a aplicação analógica a outras situações que eventualmente causem prejuízos ao fiador; no entanto aconselha-se uma interpretação restrita que não amplie de forma injustificada o âmbito de alcance do preceito⁸⁰⁶. Para Carmen Arijá, o art.º 1843º do CCE tende a proteger os interesses do fiador, dado o carácter peculiar que este tem como obrigado. Todavia, é mais que uma norma excepcional, é um preceito que se destina a proteger os interesses que o ordenamento jurídico considera dignos de protecção. Contudo, entendeu o legislador que a tutela dos interesses do fiador se verificam apenas nas circunstâncias enunciadas no indicado preceito. Todavia, mostra-se fundamental conhecer o conteúdo de cada uma das situações para se conhecer, em cada caso concreto, quando pode o fiador agir contra o devedor principal⁸⁰⁷.

Tomando uma posição, a nosso ver, o art.º 648º do CC visa, desde logo, amparar os interesses do fiador dignos de protecção no nosso ordenamento jurídico, além daqueles interesses que sejam pactuados entre o fiador e devedor quando não sejam

⁸⁰⁴ Cfr. Laurent, Principii Di Diritto Civile, ob. cit., p. 203.

⁸⁰⁵ Cfr. Simler, Cautionnement, ob. cit., p. 473.

⁸⁰⁶ Cfr., Guilarte Zapatero, Comentario, ob. cit., p. 300; Díez Picazo, Fundamentos, ob. Cit., p. 438.

⁸⁰⁷ Cfr., Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., pp. 78-79.

contrários a boa-fé. Ao lado disso, não deixa de operar como uma forma de restabelecer o equilíbrio de uma relação jurídica que se modificou em prejuízo do fiador. A ser assim, parece-nos que o preceito não é taxativo.

II – Continuando, é evidente que os pressupostos previstos no art.º 648º do CC, apenas com algumas diferenças, aproximam-se do determinado no art.º 2032º do *code*, na qual o fiador, mesmo antes do pagar, pode demandar judicialmente o devedor para ser por este indenizado, na eventualidade de ser: “ *demandado judicialmente para pagar, devidamente, quando o devedor se encontra em situação de falência ou insolvência ou quando o devedor é obrigado a liberá-lo da fiança dentro de um período determinado, ou ainda quando a dívida passa a ser exigível; sendo também possível fazê-lo depois de dez anos, quando a obrigação principal não tem prazo de vencimento fixo, a menos que seja de tal natureza que não possa ser extinta antes de uma data específica, aparecendo nestes casos como critério de protecção*”.

Mas note-se, estes mesmos pressupostos também se encontram previstos nos código mais modernos, como já fizemos ver, como por exemplo no italiano, onde o art.º 1953º do *codice* prevê: “ *o fiador, mesmo antes de pagar, poderá tomar medidas contra o devedor para obter a sua liberação, ou na falta, exigir a prestação de garantias necessárias para salvaguardar o seu direito de regresso contra o devedor*”. Isso sucede, nos seguintes casos: “*quando o fiador é demandado judicialmente para pagar; quando o devedor se torne insolvente; quando o devedor é obrigado a liberar o fiador dentro de um prazo determinado; quando a obrigação principal se torne exigível; quando decorridos cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes*”.

Por sua vez, entre nós, determina o art.º 648º do CC que é permitido ao fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, nas seguintes situações: “*se o credor obtiver contra o fiador sentença exequível; se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente; se, após a assunção da dívida, o devedor se houver colocado na situação prevista na al. b) do art.º 640º; se o devedor se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto; se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes*”.

A ser assim, é altura para procedermos a análise cuidada dos pressupostos contidos no art.º 648º do CC.

A) Alínea a) do art.º 648º

I – O *code* estabelece no n.º 1 do art.º 2032º, que o fiador antes do pagamento pode proceder contra o devedor para ser indemnizado, quando: “*se vê demandado judicialmente para pagar*”. No entanto, questiona-se na doutrina francesa se poderá o fiador exigir que o devedor o libere da sua obrigação de fiança quando o credor age directamente contra o devedor. Alguns autores respondem negativamente a esta questão, fundamentando que o direito à liberação é fundado na ideia de que o fiador tem o direito de se precaver contra a eventualidade do pagamento que ele pode ser obrigado a fazer. Contudo, essa eventualidade não existe se o credor agir contra o devedor, em vez de actuar contra o fiador⁸⁰⁸. Porém, a maioria da doutrina refuta esta posição, pois considera não existir qualquer limitação na lei a impor que o fiador somente pode exigir a liberação, no caso de ser demandado pelo pagamento se o devedor também o tiver sido. Pois, o facto de o credor demandar também o devedor não significa que este esteja disposto a pagar a dívida. Além de que, uma vez demandado o fiador para pagar, pode este chamar à demanda o credor⁸⁰⁹.

Assim, para que o fiador possa exigir a sua liberação, basta que seja demandado judicialmente, não se exigindo para tanto a condenação do fiador, como acontecia no Direito romano⁸¹⁰

Seguindo as pegadas do direito francês, estabelece o n.º 1 do art.º 1843º do CCE que o fiador antes do pagamento pode agir contra o devedor: “*Quando se vê demandado judicialmente para o pagamento*”. Em geral este preceito não constitui novidade no CCE, pois já o art.º 1757º do Projecto de 1851 autorizava o fiador a reclamar do devedor uma indemnização ou a liberação da garantia quando o fiador fosse demandado judicialmente para o pagamento; bastava apenas a demanda judicial, não a condenação⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Cfr., Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 2. ed., vol. 21º, n.º 909, p. 579.

⁸⁰⁹ Laurent, *Principes de Droit civil français*, ob. cit., p. 315; Pothier, *Tratado das Obrigações*, ob. cit., pp. 442-443.

⁸¹⁰ Pothier, *Tratado das Obrigações*, ob. cit., p. 442; Simler, *Cautionnement*, ob. cit., p. 477.

⁸¹¹ Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. V, reimpressão de la 1ª ed., Madrid, 1998, p. 68.

Assim, a demanda judicial do credor face ao fiador pressupõe, necessariamente que a obrigação principal se encontre vencida. Com a inclusão da actual redacção do n.º 1 do art.º 1843º do CCE, se pretende, em primeiro lugar, proteger o fiador de uma possível insolvência do devedor durante a tramitação do processo judicial⁸¹². Para Anna Mussons, existe a necessidade de proteger o reembolso do fiador, principalmente naquelas situações em que o fiador não renunciou ao benefício da excussão nem directa (n.º 1 do art.º 1831º do CCE) nem indirectamente (n.º 2 do art.º 1831º do CCE). Acresce ainda a autora, que o articulado não deixa de provocar problemas do tipo prático, já que provavelmente o fiador será condenado antes de poder – se é que pode – obter o que pretende do devedor principal⁸¹³.

Por outro lado, defende a doutrina majoritária que a literalidade deste n.º 1 do art.º 1843º do CCE e o carácter restritivo do preceito, não se mostram suficientes para o fiador exigir a sua liberação, quando exista apenas uma reclamação extrajudicial do credor para pagamento, ainda que seja notarial⁸¹⁴. É necessário, por conseguinte, que o fiador tenha sido demandado judicialmente para cumprir a obrigação, tal como faz referência jurisprudência espanhola: “ [...] *Y en consecuencia, habiendo sido los fiadores demandados judicialmente para el pago de la deuda, concurre el primer supuesto previsto en el art. 1.843 del Código civil para pedir la relevación de la fianza o una garantía que los ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Y ello con independencia del resultado de los juicios ejecutivos presentados contra los fiadores, pues basta el hecho de ser demandado judicialmente para que puedan ejercitar la acción del art. 1.843 del Código civil*”⁸¹⁵.

Do exposto, questiona-se que sentido terá o n.º 1 do art.º 1843º do CCE, quando o fiador goza do benefício da excussão.

Para alguma doutrina, o mencionado preceito somente tem aplicação quando o fiador tenha renunciado ao benefício da excussão prévia, porque o fiador ao opor este *beneficium* ao credor, ficará numa posição mais eficaz, pois obrigá-lo-á a executar previamente os bens do devedor principal. Deste modo, o exercício eficaz do benefício

⁸¹² Castan Tobeñas, Derecho civil español, común y foral, 15ª ed., Madrid, 1993, p. 705.

⁸¹³ Anna Casanovas Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 198.

⁸¹⁴ Anna Casanovas Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 198; Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 85; José María Manresa y Navarro, Comentarios al Código civil español, ob. cit., p. 647.

⁸¹⁵ Ac. do Tribunal Superior de Justiça Espanhol de 25 de Novembro de 2015, disponível em www.poderjudicial.es, visualizado em 07 de Agosto de 2017.

da excussão fará com que desapareça o risco do fiador ter de cumprir; mas se excussão dos bens do devedor principal fracassar, o fiador não terá outra solução senão exigir a sua liberação, visto que o devedor principal não conseguirá prestar qualquer garantia⁸¹⁶. Por sua vez, a doutrina maioritária considera, em princípio, não existir qualquer impedimento o exercício de ambas as faculdades pelo fiador.

Agora, é certo que na situação do fiador se apresentar obrigado solidariamente ou tiver renunciado ao benefício da excussão, sem dúvida que este preceito será muito mais útil, pois não poderá opor o *beneficium excussionis*. No entanto, se o fiador gozar do benefício da excussão e com isso o credor executar previamente os bens do devedor principal e ver satisfeito o seu crédito, claramente este preceito já não tem qualquer utilidade porque a obrigação se extinguiu com o cumprimento. Mas se por outro lado, os bens do devedor principal não forem suficientes para satisfazer o crédito, muito menos terá qualquer eficácia o fiador exigir do devedor a prestação de caução, uma vez que o devedor principal já se encontra insolvente. Por outro lado, ao opor o benefício da excussão se exige que este indique bens do devedor e que tais bens se encontrem em território nacional (art.º 1832º), além de que têm de ser suficientes para a satisfação do crédito, caso contrário acabara por ser mesmo compelido a cumprir. Por ser assim, parece ser mais eficiente nestas situações o direito à liberação⁸¹⁷.

Por sua vez, o AUOG da OHADA, determina que o fiador pode demandar o devedor principal, ainda que não tenha efectuado o pagamento ao credor, caso seja judicialmente citado para cumprir (al. a) do art.º 35º). Notoriamente verifica-se aqui acentuada influência do Direito francês⁸¹⁸.

Quanto ao direito português. Na vigência do CS estabeleceu o n.º 1 do art.º 844º, que o fiador podia antes de haver pago, exigir que o devedor pagasse a dívida ou o desonerasse da fiança, se for demandado judicialmente pelo pagamento⁸¹⁹. No domínio dos trabalhos preparatórios, Vaz Serra propôs a alteração deste preceito. E no seu Anteprojecto, precisamente no n.º 1 do art.º 24º, previu a possibilidade de o fiador só

⁸¹⁶ Veja-se, Guilarte Zapatero, Comentario, ob. cit., p. 303.

⁸¹⁷ Cfr., Carmen Arija Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., pp. 86-87; Díez Picazo, Fundamentos, ob. cit., p. 788.

⁸¹⁸ Cfr. Yankouba Ndiaye, Coutonnement, OHADA, Sûretés, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 36; Salvatore Mancuso, Direito Comercial Africano, ob. cit., pp. 295-296.

⁸¹⁹ Situação idêntica estava prevista no CC anterior ao de 1867, como nos dizia Corrêa Telles: “*Se elle fiador está começado a ser demandado pelo credor*”. Veja-se, *Digesto Portuguez*, vol. I, n.º 441, pp. 57- 58.

poder exigir do devedor a sua liberação, anote-se, quando o credor obtivesse contra o fiador uma sentença exequível para o cumprimento da obrigação⁸²⁰. Justificava o autor tal posição, porque “ *o direito a liberação não pode estabelecer-se com demasiada largura, pois há que atender também o interesse do devedor, que esse direito pode colocar em sérios embaraços*”. Ou seja, segundo este autor, não se deve simplificar o direito à liberação do fiador mesmo por estar em jogo, também, os interesses do devedor, não sendo justo este ficar numa posição demasiado delicada. Refere ainda o autor, que o fiador perante a ameaça de execução, apresenta-se razoável que possa exigir do devedor a sua liberação⁸²¹. De qualquer modo, a nosso ver, não se desvaloriza nestas situações a possibilidade de a acção vir a ser julgada improcedente, por lhe faltar fundamento perfeitamente concluído para se obter uma decisão definitiva. Talvez por esta razão, CC de 1966 impõe que se obtenha contra o fiador sentença exequível, não bastando este ser demandado para possibilitar exigir a sua liberação ou a prestação de caução.

No entanto, quanto ao estabelecido no n.º 1 do art.º 844º do CS, afirmava Vaz Serra, nestas circunstâncias, mostrar-se mais vantajoso para o fiador opor o benefício da excussão se a ele não tivesse renunciado e assim chamaria o devedor a demanda. Porém, não deixou de referir que “ *o facto de o fiador ser judicialmente demandado pelo pagamento não quer dizer que esteja iminente a execução contra ele e que, portanto, se encontre especialmente arriscado a sofrer prejuízo* ”⁸²². Faz ainda ver o autor, que o fiador tem o direito de exigir ao devedor a sua exoneração, se for demandado judicialmente para cumprir, independentemente de o credor ter ou não demandado também o devedor. Pois o facto de o credor demandar o devedor, não significa que este esteja disposto a pagar a sua dívida ou que tenha bens suficientes através dos quais o credor se possa pagar. Assim, não obstante a demanda do devedor, o fiador pode ver-se obrigado a cumprir a obrigação. Pelo que, até se torna descabido fazer tal distinção, pois uma vez accionado, somente o fiador tem a faculdade de chamar a demanda o devedor principal⁸²³. Acresce ainda o autor, que se a execução for promovida contra o fiador, pode este ver-se na contingência de não obter depois do devedor, a satisfação do seu direito derivado do pagamento ao credor e, para prevenir essa eventualidade, teria o

⁸²⁰ Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 304.

⁸²¹ Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 182

⁸²² Cfr. Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 173.

⁸²³ Cfr. Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 174-176.

direito de reclamar a sua liberação. No entanto é ao devedor que incumbe, em primeiro lugar, solver o crédito; portanto nesta hipótese de iminência de execução do fiador, deve liberá-lo⁸²⁴.

Por sua vez, tal como já mencionado, Cunha Gonçalves considerava que o referido preceito contrariava o art.º 832º ao permitir que o fiador fosse demandado, como simples fiador ou como principal pagador, antes de o ser o devedor principal. Do mesmo modo, o art.º 830º era incompatível com o n.º 1 do art.º 844º⁸²⁵. No entanto, a maioria da doutrina aceitava a compatibilidade entre o benefício da excussão e o não benefício da demanda⁸²⁶, visto que claramente Cunha Gonçalves confundiu os conceitos de “*demandar o fiador*” e “*compelir o fiador a pagar*”. No entanto, mais tarde Cunha Gonçalves veio a alterar a sua posição⁸²⁷. Para Guilherme Moreira, ocorrendo a hipótese prevista no n.º 1 do art.º 844º, também defendia ser mais vantajoso para o fiador valer-se do benefício da excussão, na eventualidade de não o ter renunciado, ou em oferecer bens à penhora do devedor. Esses bens, porém, terão de ser daqueles que o fiador pode nomear quando não tiver o benefício da excussão⁸²⁸.

O CC de 1966 indica, em primeiro lugar, que o fiador pode, ainda antes de ter pago, exigir que o devedor principal o desvincule da fiança ou preste caução se o credor obtiver contra ele sentença exequível. Notoriamente o CC acolheu a sugestão proposta por Vaz Serra no seu Anteprojecto. Com efeito, que este preceito é sem dúvida mais restrito do que o estabelecido no n.º 1 no art.º 844º do CS. Este determinava que o fiador, mesmo antes de pagar, podia exigir que o devedor solvesse a dívida ou o desonerasse da fiança quando fosse demandado judicialmente pelo pagamento. Nestas circunstâncias, bastava, como já vimos, o pedido judicial do cumprimento para que o fiador exigisse a sua desvinculação⁸²⁹.

Numa visão panorâmica, cumpre salientar que o actual CC português não só vai mais longe do que CS, mas também que o *code* (n.º 1 do art.º 2032º), o *codice* (n.º 1 do art.º 1953º) e CCE (n.º 1 do art.º 1843º), onde se exige apenas que o devedor seja

⁸²⁴ Cfr. Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 182.

⁸²⁵ Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, V, ob. cit., pp. 180-181.

⁸²⁶ Cfr. Paulo da Cunha, Da garantia nas obrigações, II, pp. 58-59.

⁸²⁷ Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. XIV, ob. cit., pp. 638-640.

⁸²⁸ Veja-se, Guilherme Moreira, Instituições, vol. II, ob. cit., p. 114.

⁸²⁹ Situação idêntica estava prevista no CC anterior ao de 1867, como nos dizia Corrêa Telles: “*Se elle fiador está começado a ser demandado pelo credor*”. Veja-se, Digesto Portuguez, Vol. I, n.º 441, pp. 57- 58.

demandado judicialmente, não sendo necessária a sua condenação. Aqui temos a convicção que se seguiu a orientação prevista no parágrafo 775º, alínea 1, n.º 4 do BGB⁸³⁰.

Januário da Costa Gomes, em termos críticos declarou, ao: “ [...] *admitir tal extensão, em si (sem prejuízo de a existência de um título executivo poder eventualmente corporizar um caso de agravamento do risco da fiança: al. b) do art.º 648*”⁸³¹. Sobre a questão, também se pronunciou Menezes Cordeiro, ao admitir tratar-se de uma fórmula alemã⁸³².

Entretanto, diante de tais considerações, questiona-se se o fiador só pode mesmo exigir à liberação se o credor obter também contra o devedor sentença executável?

Ora, notoriamente não se encontra na lei qualquer limitação nesse sentido; ou seja, a lei não nos diz que o fiador só pode exigir do devedor a sua liberação ou a prestação de caução no caso de existir também contra o devedor sentença executável, até porque a obtenção de sentença executável contra o fiador, implica estar sujeito a execução e para se proteger nada obsta fazer uso dos direitos que lhe são conferidos. É evidente que o fiador uma vez citado para cumprir chama à demanda o devedor principal.

Contudo, havendo uma relação entre garante e devedor, dependendo das circunstâncias, faria sentido que de imediato o fiador exigisse do devedor a sua desvinculação ou a prestação de uma caução. Em suma, se bem se entende, o fiador tem o direito de exigir do devedor a sua desvinculação do contrato de fiança se contra ele for obtida sentença executável para o pagamento da dívida, mesmo que o credor tenha ou não obtido igual sentença contra o devedor principal.

Por outro lado, sublinha Januário da Costa Gomes que existem situações, não obstante o credor ter obtido sentença executável contra o fiador, através das quais não pode este exigir a sua liberação ao devedor, como nas situações em que o credor informa ao fiador da existência de meios de defesa impeditivos ou extintivos do crédito

⁸³⁰ Veja-se, Código Civil alemão (traduzido para inglês em www.ligiera.com.br), onde se vislumbra o conteúdo do parágrafo 775º, alínea 1, n.º 4, na qual exige que o credor deve obter contra o fiador sentença executável (“ *If the creditor has obtained an enforceable judgment for discharge against the surety*”).

⁸³¹ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 855.

⁸³² Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, ob. cit., p. 497.

e o fiador não os fez valer na acção; ou se a responsabilidade do fiador decorre do n.º 2 do art.º 632⁸³³.

Ora parece-nos mais que razoável que nas circunstâncias acima apontadas não se admita à liberação do fiador, recordando que é lícito ao fiador invocar além dos meios de defesa que lhe são próprios, aqueles que competem ao devedor. Assim, pode sempre o fiador invocar contra o credor a prescrição da obrigação principal, a nulidade desta, a sua extinção, nos termos do n.º 1 do art.º 637º.

B) Alínea b) do art.º 648º

I - A segunda situação que legitima a pretensão de liberação do fiador, refere-se aos riscos da fiança se agravarem sensivelmente.

O *code* admite o direito de liberação quando o fiador cai em falência (“*Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture*”, n.º 2 do art.º 2032º). Assim, Baudry-Lacantinerie considera que a faculdade conferida ao fiador é um recurso extraordinário; porém, em geral se aceita a aplicação da norma nas situações de perigo de insolvência, em que esta não seja total. Refere ainda o autor, que no antigo direito romano e no antigo direito francês o fiador podia obter a sua liberação sempre que o devedor dissipasse os seus bens⁸³⁴. Em posição contrária, Guillouard considera que ao tratar-se de uma norma excepcional, é necessário que a insolvência seja total, de modo que as inquietudes do fiador sobre a fortuna do devedor sejam sérias, de modo a justificar a sua liberação⁸³⁵.

Também o *codice*, no n.º 2 do art.º 1953º, admite a liberação: “*quando il debitore è divenuto insolvente*”. Não obstante o preceito, a doutrina italiana faz remissão ao conceito de insolvência estabelecido no art.º 1186º do *codice*: “*Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse*”, na qual é permitido ao credor exigir imediatamente a prestação se o devedor se tornar insolvente ou haja diminuído as garantias que prestou ou as que prometeu prestar. Cian Trabucchi, indica que o estado de insolvência faculta ao credor o direito de exigir imediatamente a

⁸³³ Cfr. Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 855-856.

⁸³⁴ Cfr., Baudry-Lacantinerie et Wahl, Traité théorique et pratique de droit civil, p. 593.

⁸³⁵ Cfr., Louis Guillouard, Traité du cautionnement et des transactions, Paris, 1894.

prestação do devedor, pois ocorre uma situação de desconforto financeiro que o impossibilita de cumprir as obrigações. No entanto, não pode ser uma dificuldade temporária. O objectivo do preceito é proteger o credor confrontado com o perigo de perder a segurança que detém sobre os activos do devedor. Porém, não se exige um colapso económico, mas sim a impossibilidade de satisfação normal do crédito”⁸³⁶.

Portanto, a insolvência não precisa de ser declarada judicialmente. Pois a exigência de que o devedor se tenha tornado insolvente é exagerada, porquanto em tal hipótese já o direito do fiador não poderá ser satisfeito. Assim, basta que a situação patrimonial do devedor ponha em perigo a satisfação do direito de crédito; e é justamente esse perigo que determina que o fiador pode agir contra o devedor para exigir a sua liberação ou a prestação de caução⁸³⁷.

Por sua vez, estabelece o n.º 2 do art.º 1843º do CCE a possibilidade de o fiador puder proceder contra o devedor principal, mesmo antes do pagamento, “*En caso de quiebra, concurso o insolvencia*”. O referido preceito é resultado de uma tradução em castelhano do n.º 2 do art.º 2032º do *code* que textualmente indica: “*lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture*” (quando o devedor faliu ou está em falência). Porém, ao definir-se o conteúdo deste preceito se adicionou as circunstâncias acolhidas pelo art.º 23º do Anteprojecto do Código de 1882 do CCE, que se referia as situações em que o devedor teria “*hecho quiebra o há caído en estado de insolvencia*”⁸³⁸. De acordo ao espírito deste preceito, a situação que permite ao fiador exercer as acções estabelecidas no preceito, é a insolvência notável que pode posteriormente dar lugar às declarações de falência ou insolvência, mas não tem forçosamente de terminar nelas⁸³⁹.

Foi assim que, de forma a evitar que este preceito resulte inútil e a dívida recaia sobre o fiador, o Tribunal Supremo Espanhol⁸⁴⁰ defendeu: “*atendendo a doutrina e a jurisprudência consolidada, a insolvência não tem de ser absoluta, somente é suficiente a existência de notável diminuição patrimonial que impeça ao credor de receber o seu crédito*”. Assim, se a insolvência foi declarada no momento de prestação da garantia,

⁸³⁶ Cian Trabucchi, Comentario breve al Codice civile, Padova, 1989, p. 921.

⁸³⁷ Fragali, Della fideiussione, ob. cit., p. 427; BO, Nuovo Digesto Italiano, vol. V, ob. cit., p. 1123.

⁸³⁸ Quintus Mucius Scaevola, Código Civil, t. XXVII, redactado por Eugenio Vázquez Gundin, Madrid, 1953, p. 648.

⁸³⁹ Alonso Sánchez, Derecho concursal y fianza, Poder judicial, n.º 31, Septiembre, 1993, p. 21.

⁸⁴⁰ Veja-se, Ac. da Sala do Cível de 19 de Julho, proc. n.º 657/2005, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 23 de Fevereiro de 2015.

não poderá depois o fiador valer-se desse argumento para exigir a sua liberação ao devedor⁸⁴¹.

Porém, motivados pela falta de precisão da redacção do n.º 2 do art.º 1843º do CCE, a doutrina se esta questiona se “*a falência ou insolvência*” a que se refere o preceito diz respeito ao devedor principal ou também se inclui o fiador. Parece que, o exercício das acções estabelecidas no art.º 1843º do CCE só adquirem significado quando concorrem contra o devedor, uma vez que se mostra contraditório considerar que o garante que se encontre em situação de insolvência antecipe a sua acção contra o devedor principal⁸⁴².

Por outro lado, equaciona-se na doutrina espanhola, as situações em que não existe insolvência do devedor, mas sim uma modificação substancial no estado da sua fortuna, se é legítimo ao fiador proceder contra o devedor principal nos termos do art.º 1843º do CCE. A esse respeito afirma Garcia Goyena, parece que segundo o art.º 1757º do Anteprojecto de 1851 do CCE, não havia dúvidas ao indicar: “*quando o devedor declara falência ou existe medos bem fundados de que ele declarará, ou começar a dissipar a sua fortuna*”⁸⁴³. No mesmo sentido, para Gutiérrez Fernández nas Partidas, seguindo o Direito Romano, se autorizava ao fiador a pedir à liberação se aquele em quem ele confia comesse a desgastar ou alienar os seus bens⁸⁴⁴. Por sua vez, Lacruz, apologista de uma ampla interpretação do conceito de insolvência contido no art.º 1843º do CCE, afirma que se exigir que insolvência seja total o remédio previsto no art.º 1843º pode considerar-se tardio e seria a dívida suportada na totalidade pelo garante⁸⁴⁵. Ao passo que, Díez Picazo, embora considere ser arriscado, defende que se enquadra nas possibilidades de inteligência do preceito que a insolvência não seja total⁸⁴⁶.

Para Guilarte Zapatero considera que a insolvência ainda que não seja declarada judicialmente, deve ser entendida como actual e efectiva, quando existe uma situação de insuficiência patrimonial do devedor para satisfazer a totalidade das obrigações contraídas. Não obstante considera-se que apesar do n.º 2 do art.º 1843º do CCE se

⁸⁴¹ Cfr. Carmen Arija Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 89.

⁸⁴² Guilarte Zapatero, *Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 304.

⁸⁴³ García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV, ob. cit., p. 161.

⁸⁴⁴ Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, ob. cit., p. 69.

⁸⁴⁵ Lacruz Berdejo, *La causa en los contratos de garantía*, ob. cit., 752.

⁸⁴⁶ Díez Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., p. 439.

referir a insolvência, teria mais sentido se fosse permitida a liberação quando ocorre diminuição do património do devedor, pois exigir a insolvência propriamente dita causa alguma perplexidade e acarreta problemas de difícil resolução para o fiador⁸⁴⁷.

Porém, defende a doutrina maioritária que se interpreta o conceito de “insolvência” estabelecido no n.º 2 do art.º 1843º do CCE de forma a que se possa incluir aquelas situações que, sem supor uma insolvência efectiva do devedor, existe modificação substancial no estado da sua fortuna, derivado, por exemplo, deste estar a dissipar ou alienar os seus bens e tem-se como previsível consequência que o devedor ficará insolvente. Pois não teria qualquer utilidade para o fiador que se exigisse a insolvência total, pois não se estaria a proteger o seu direito de regresso. Assim ao fazer-se uma interpretação literal do termo insolvência como uma insolvência total, real e efectiva torna-se provável que quando o fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução frente ao devedor insolvente não terá um resultado positivo⁸⁴⁸.

No mesmo sentido segue a jurisprudência espanhola. Assim, num Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 19 de Julho de 2005 se afirma: “[...] *atendendo a doutrina e jurisprudência consolidada, a insolvência não tem de ser absoluta, pelo que é suficiente a existência de uma notável diminuição patrimonial que impede ao credor de satisfazer o seu crédito*”⁸⁴⁹. No mesmo sentido, um outro Ac. deste douto Tribunal refere que “*Não é necessário que a insolvência seja total, basta que o património do devedor não seja suficiente para pagar os credores*”⁸⁵⁰.

Entretanto, não é demais referir que a jurisprudência maioritária defende que a insolvência ainda que não esteja decretada judicialmente, deve ser entendida como actual e efectiva quando o devedor não tem suficiente património para satisfazer a totalidade das obrigações contraídas. A ser assim, pode o fiador exigir a sua liberação, nos termos do n.º 2 do art.º 1843º do CCE, quando a situação de insolvência seja de tal magnitude que ocasiona uma notável diminuição do património do devedor, impossibilitando-o de cumprir a obrigação principal. Com efeito, perante tal situação e

⁸⁴⁷ Guilarte Zapatero, Comentarios a los artículos 1822 a 1886 del Código Civil, ob. cit., p. 308.

⁸⁴⁸ Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 96.

⁸⁴⁹ Ac. do Tribunal Supremo de 19 de Julho de 2005, disponível em www.poderjudicial.es, visualizado em 07 de Setembro de 2017.

⁸⁵⁰ Ac. do Tribunal Supremo de 31 de Outubro de 2002, disponível em www.poderjudicial.es, visualizado em 07 de Setembro de 2017.

antes do credor exigir o cumprimento da obrigação fidejussória, o fiador terá a faculdade de exigir a sua liberação ou a prestação de caução⁸⁵¹.

A esse respeito, em nossa humilde opinião, parece-nos não fazer qualquer sentido que a insolvência seja total, pois quando o fiador puder agir contra o devedor insolvente não obtém qualquer resultado positivo, uma vez este já não dispor de bens. E, ao pensarmos de forma contrária, estamos a frustrar os resultados desejados pelo legislador, uma vez que esta norma se destina a proteger os interesses legítimos do fiador. Portanto, nada mais certo considerar possível ao fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução, sempre que ocorra um agravamento da situação patrimonial do devedor principal, que perturbe a situação do fiador. Neste contexto, como se verá mais a frente, era semelhante ao previsto no CS, mas parece-nos que foi alterada justamente por não atingir os objectivos pretendidos ao conceder-se o direito à liberação do fiador.

Assim, não obstante o art.º 1843º do CCE ser considerado como norma excepcional, ao permitir que o fiador proceda contra o devedor principal antes do pagamento, deveria ser motivo para uma interpretação restrita do conceito de insolvência. Porquanto, a sua interpretação não deveria ir para além da finalidade do preceito. Porém, tendo em conta que a finalidade da norma é proteger o legítimo interesse do fiador, o seu direito mostrar-se-ia frustrado se houvesse uma interpretação literal e restrita do preceito, que exige a insolvência total do devedor⁸⁵².

De maneira mais clara estabelece o art.º 2026º do Código argentino - *el embargo de bienes del deudor, o la exoneración de la fianza, si disipare sus bienes, o si emprendiese negocios peligrosos, o los diese en seguridad de otras Obligaciones* -, mostrando ser permitido ao fiador exonerar-se da fiança quando o devedor principal dissipe os seus bens, intervenha em negócios perigosos ou os dê de garantia para outras obrigações.

Enquanto isso, o regime da OHADA para a organização das garantias, pouco se afasta do já relatado. Com efeito, o fiador pode, mesmo antes de satisfazer o direito do credor, intentar uma acção de cumprimento contra o devedor ou recorrer aos meios de conservação da garantia patrimonial, se o devedor houver cessado o cumprimento das suas obrigações ou se encontrar em insolvência (al. b) do art.º 35º). Como se verifica, o preceito refere-se a situação do devedor não ter cumprido uma obrigação do contrato

⁸⁵¹ Cfr., Carmen Arijá Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 96.

⁸⁵² Cfr., Lacruz Berdejo, La causa en los contratos de garantía, ob. cit., 754.

que o liga ao credor, pressuposto susceptível do fiador exigir do devedor a sua desvinculação.

Mas anote-se, este preceito assemelha-se às situações referidas no n.º 3 do art.º 506º do Código Suíço. Além disso, determina a norma do AUOG da OHADA que o estado de insolvência do devedor também pode ser causa de libertação do fiador. Por essa razão, defende Issac Yankhoba Ndiaje, esta parte final da al. b) do art.º 35º tem *a priori* um efeito preventivo e o recurso a prestação de caução é justamente para o fiador se proteger contra os riscos de insolvência do devedor⁸⁵³. Quanto a isso, simplesmente discordamos, se nos ativermos à nossa posição acima deferida. Por essa razão, julgamos nós que neste preceito, tal como os mencionados em outras legislações estrangeiras, bastaria para o direito a libertação do fiador em sede de um agravamento substancial das condições económicas do devedor. Só assim, pensamos nós, se prosseguiria os fins pretendidos pela norma.

Afinal, sem margem para erros, esta é a tendência das legislações modernas.

Em Portugal, o n.º 2 do art.º 844º do CS permitia o direito a libertação do fiador, caso o devedor decaísse de fortuna e houvesse risco de insolvência. E, note-se, não se exigia para tal que o devedor estivesse insolvente. Assim, como explicava Américo da Silva Carvalho: “*A esperar que o devedor caísse em tal estado, de nenhum valor seria o direito de libertação atribuído ao fiador em tal caso. O devedor insolvente normalmente não estaria em condições de conseguir a libertação do fiador*”⁸⁵⁴.

Para Vaz Serra, este caso era especialmente justificado como forma de o fiador se precaver contra o risco de insolvência do devedor. O credor pode deixar de adoptar medidas defensivas contra esse perigo, uma vez que está garantido com a fiança. De tal sorte, que se mostra razoável reconhecer ao fiador o direito de se acautelar. Este não pode esperar pelo seu pagamento ao credor, porque nessa altura já pode ser tarde. Acresce o autor: “*Afigurar-se-ia preferível, portanto, bastar que o devedor tenha decaído da fortuna de modo a haver risco de insolvência. Mas, ainda isso é talvez excessivo. O fiador pode ter assumido a fiança quando o devedor se achava numa situação patrimonial muito boa, tal que não houvesse nada a recear acerca da sua solvabilidade. Essa situação patrimonial piora depois notavelmente, a ponde de poder dizer-se que o fiador não teria contraído a fiança, se tivesse previsto alteração tão*

⁸⁵³ Issac Yankhoba Ndiaje, Coutonnement, OHADA, ob. cit., p. 36.

⁸⁵⁴ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 177.

*grande. Esta não é suficiente para poder afirmar-se que há risco de insolvência do devedor; mas, se bem que não exista esse risco ainda, a situação patrimonial do devedor não é de molde a sentir-se o fiador tão sossegado como supunha*⁸⁵⁵. Portanto, para o mencionado autor, basta existir receio fundado de risco de insolvência, para que o fiador exija a liberação.

O CC vigente estabelece no n.º 2 do art.º 648º que é permitido ao fiador libertar-se: “*Se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente*”. Segundo Januário da Costa Gomes, o legislador afastou-se propositalmente da redacção do n.º 2 do art.º 844º do CS, optando por um preceito mais amplo, inspirado no n.º 3 do art.º 506º do Código Suíço das Obrigações⁸⁵⁶. Estabelece este preceito que o fiador pode reclamar a sua liberação: “*lorsque, en raison des pertes qu’il a subies, ou de la diminution de la valeur de sûretés, ou encore d’une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus grands qu’au moment où elle s’est engagée*”. O dispositivo refere-se a riscos sensivelmente mais elevados relativamente ao momento em que o fiador prestou a fiança, se o devedor principal sofrer perdas ou mesmo faltar ao devido; ou seja, na eventualidade de desvalorização de garantias ou de casual falta cometida pelo devedor. Referindo-se ao Código suíço, faz ver Vaz Serra que a situação patrimonial do devedor pode até nem ter piorado, mas “*em virtude uma falta cometida por ele, podem os riscos do fiador ser bastante mais sérios que na data em que se obrigou*”⁸⁵⁷. Assim, observa-se que pode não haver uma diminuição substancial do património do devedor, mas por qualquer razão os riscos da fiança podem-se agravar; logo disso pode resultar uma ostensiva diminuição das condições económicas do devedor, em comparação ao momento da constituição da fiança.

Para Januário da Costa Gomes, para efeitos da al. b) do art.º 648º e relativamente à primeira causa de “*agravamento sensível*”, importa conferir qual o grau de risco em sede do vínculo, “*se tiver havido um pioramento substancial das condições económicas do devedor, que esteja claramente fora do âmbito normal e razoável da variação patrimonial, será caso para concluir que houve um aumento substancial do risco da fiança, ou seja, na fórmula, aparentemente mais branda, do art.º 648º, um agravamento sensível*”. Sendo isso assim, faz ver ainda o autor que, independentemente da causa que

⁸⁵⁵ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., pp. 183-184.

⁸⁵⁶ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 856.

⁸⁵⁷ Cfr. Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 184.

deu origem a ruptura económica, incluindo o caso furtuito, é legítimo ao fiador exigir a sua libertação ou a prestação de caução⁸⁵⁸.

E, neste particular, a ampla fórmula utilizada pelo legislador no sobredito preceito dá margem a que se incluam várias situações. Em presença disso, o agravamento sensível dos riscos da fiança pode não só encontrar-se ligado ao património e à actuação do devedor ou de terceiro (no caso de prestação de garantias) como resultar de circunstâncias objectivas⁸⁵⁹.

É por isso natural, como diz Januário da Costa Gomes, que a situação dos riscos da fiança se tornem bastantes mais sérios após a data em que o garante se vinculou. Obviamente, caso isso suceda, ocorre uma perda ou diminuição do valor das garantias prestadas. Logo, sobrevém um agravamento sensível do risco da fiança susceptível de originar a desvinculação do fiador. Tal realidade é sempre passível de acontecer, se aquando da prestação da fiança se constituir penhor ou hipoteca por terceiros e posteriormente ocorrer desvalorização destes bens dados em garantia. Derivado disso, diz-nos o autor, surge o risco do fiador solidário sub-rogado exigir o que é devido; todavia os bens dados de garantia passaram a ter um valor muito inferior; ou então, tratando-se de fianças simples, emerge o potencial risco de o valor dos bens dados em garantia tornarem-se insuficientes a ponto de não impedir a execução do património do fiador⁸⁶⁰.

Além disso, nos casos em que a fiança é contratada a partir de recompensas financeiras ao garante, isto é fianças prestadas por profissionais, na eventualidade do devedor não efectuar o pagamento acordado ao fiador, ou melhor, na hipótese de entrar em mora, poderá o garante exigir a sua libertação por agravamento sensível dos riscos da fiança, embora possa não ser uma revelação em concreto do agravamento substancial da situação económica do devedor. Diante das implicações demonstradas em todos estes exemplos, e adoptando uma postura um pouco mais tolerante, assume-se que pouco ou nada importa se o devedor tem ou não culpa destas ocorrências, pois em nada acresce ou diminui o risco da fiança. Na verdade, o que tem de existir reside no agravamento dos riscos, seja qual for a razão, que tanto pode passar por estar conexas a alteração do património do devedor ou mesmo devido a actuação do devedor ou de terceiro, ou ainda

⁸⁵⁸ Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 857.

⁸⁵⁹ Cfr. Antunes Varela, *Obrigações*, II⁷, p. 502.

⁸⁶⁰ Veja-se Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pp. 858-859 e n. 474.

de circunstâncias objectivas que atinjam seriamente a situação patrimonial do afiançado⁸⁶¹.

Sendo assim, com o exposto queremos com isso transmitir que se considera estar diante de um agravamento sensível da fiança, quando o garante se encontra em posição de afirmar que se fossem essas as circunstâncias iniciais, nunca teria aceite afiançar o devedor principal. Mas também pode ainda não haver uma diminuição substancial do património do devedor⁸⁶². Todavia, a situação patrimonial piorou de modo notável que existe receio fundado de ser o fiador obrigado a cumprir a obrigação fidejussória. Então o que avulta disso? Ora verifica-se um aumento anormal do risco da fiança. Para tanto, imaginemos um exemplo: o caso de um devedor que à data da constituição da fiança, não tinha mais nenhuma dívida para além da afiançada, mas anos depois vai-se encontrar numa situação de endividamento. Manifestamente, nesta hipótese agravaram-se os riscos da garantia fidejussória prestada; por essa razão, tem o fiador faculdade de exigir a sua desvinculação para repor o equilíbrio de uma relação que se alterou em seu prejuízo. Entretanto, ao falar-se de fianças prestadas por profissionais a realidade altera-se. Isso sucede uma vez que se considera estar diante de um agravamento económico da situação patrimonial do afiançado quando, além de existir receio fundado de que o fiador terá de cumprir a obrigação fidejussória, este apercebe-se que dificilmente conseguirá obter ou não obterá mesmo do devedor o que terá de pagar ao credor⁸⁶³.

II – Nesta altura, não deixamos de questionar a quem cabe o dever de informar sobre o agravamento dos riscos da fiança?

Nos trabalhos preparatórios do BGB negou-se a existência de deveres acessórios de informação do credor fidejussório. Na proposta do diploma que viria a ser o BGB, a Primeira Comissão rejeitou a consagração desse dever, fundamentando a sua posição no carácter unilateral da fiança, defendendo para tanto: “*através da fiança, o credor apenas adquire direitos, sem assumir deveres; já por este motivo é impreciso falar de um verdadeiro dever de diligência*”. Nestes termos, o carácter unilateral da fiança constituía impeditivo da cominação de deveres acessórios (deveres de diligência) - assunção que tem como premissa implícita que a cominação de deveres acessórios pressupõe a

⁸⁶¹ Veja-se, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, ob. cit., p. 502.

⁸⁶² Sobre o agravamento dos riscos da fiança veja-se Ac. do STJ de 5 de Março de 2001; Ac. do STJ de 7 de Junho de 2001; Ac. da RL de 5 de Maio de 2011, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

⁸⁶³ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 857.

existência de um dever principal de prestação⁸⁶⁴. Contudo, o argumento da unilateralidade do contrato de fiança contra a adstrição do credor fidejussório a deveres acessórios em benefício do fiador falha. Pois, apesar de não estar inserido no BGB um preceito que cominasse “*deveres acessórios de diligência*”, nada impede que sejam cominados ao credor fidejussório deveres acessórios de conduta, e em especial deveres de informação, em benefício do fiador (parágrafo 241 do BGB)⁸⁶⁵.

No direito nacional defende Miguel Brito Bastos que a resposta a esta questão apenas pode ser dada perante cada caso concreto, pelo que: “*qualquer tentativa de se apresentarem, com pretensão de aplicabilidade a todas as situações deste tipo, níveis de esforço exigíveis ao credor fidejussório na obtenção de informação de cujo conhecimento o fiador careça, está votado ao fracasso*”⁸⁶⁶.

Contudo, ao tratar das relações entre o fiador e o credor, parece-nos desde logo que o legislador não impôs ao credor o dever de informar ao fiador sobre o agravamento dos riscos da fiança prestada. Assim pensamos, já que o art.º 648º encontra-se inserido na subsecção que trata das relações entre o devedor e o fiador e em nada beliscam os direitos do credor. A ser assim, ficamos com a impressão que caberá ao fiador ficar atento à situação patrimonial do afiançado devedor, porquanto nele depositou a sua confiança. Em sentido oposto parece seguir o art.º 14º do AUOG da OHADA, ao determinar certos deveres de informação por parte do credor, cujo incumprimento ocasiona consequências graves para o último. Todavia, esta consagração não deixa de ser alvo de inúmeras críticas por parte de certos doutrinadores, significativamente por considerar-se que o fiador já tem bastante informação no momento da constituição da garantia, inclusivamente já sabe qual o montante máximo que poderá ter de vir pagar⁸⁶⁷.

III – Em todo o caso, é importante, a título de exemplo, conferir particular relevância ao Ac. do STJ de Justiça de 5 Março de 2002, no qual se resolveu o problema do credor não ter o dever de informar o fiador do agravamento dos riscos da fiança⁸⁶⁸.

No caso em apreço, A instaurou acção de execução contra B e C na qualidade de devedores principais e D e E, na qualidade de fiadores. Alegou, resumidamente, que em

⁸⁶⁴ Apud, Miguel Brito Bastos, Deveres acessórios de informação, ob. cit., pp. 239-241.

⁸⁶⁵ Veja-se, Miguel Brito Bastos, Deveres acessórios de informação, ob. cit., p. 242-243.

⁸⁶⁶ Veja-se Miguel Brito Bastos, Deveres acessórios de informação, ob. cit., pp. 253-266.

⁸⁶⁷ Veja-se, Amadou Kane, Le droit et la pratique des garanties bancaires au regard de l'Acte uniforme portant Organisation des sûretés de l'OHADA, em Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Bissau, 2004, p. 408.

⁸⁶⁸ Cfr., Ac. do STJ de 5 de Março de 2002, onde foi Relator Armando Lourenço, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 05 de Junho de 2015.

30 de Junho de 1986 abriu a favor de B e sua esposa C, um crédito no valor de X e para garantia do mencionado crédito estes prestaram hipoteca de imóveis e fiança titulada por D e E. Contudo, foram apenas pagas algumas parcelas pelos devedores até 24 de Fevereiro de 1992.

Com isso, os fiadores D e E opuseram-se por embargos alegando que A nunca os informou do incumprimento dos devedores, como o devia ter feito logo em 24 de Fevereiro de 1993 e, por sua vez, também B e C devedores nunca os informaram que estavam em incumprimento. Desse modo, desconheciam que estes últimos só haviam pago parte do crédito, mas à custa da entrega dos bens hipotecados. Na sequência, concluem que se declare a dívida e os juros nesta data prescritos, bem assim a inoponibilidade aos fiadores do pedido de qualquer montante por falta de comunicação de eventual incumprimento.

De seguida, no despacho saneador foi julgada procedente a excepção da prescrição relativamente à dívida e juros anteriores a 11 de Abril de 1993, e no mais, improcedentes os embargos. Posteriormente veio a RL a confirmar a mencionada decisão.

Em recurso para o STJ vieram D e E alegar, em síntese o seguinte: os riscos da fiança agravaram-se sensivelmente com a alienação dos imóveis dados em hipoteca. Por ser assim, nos termos da al. b) do art.º 648º é lhes lícito exigirem do devedor a sua liberação. Achou-se, por via disso, considerar fundamental que estes tivessem conhecimento do mencionado agravamento, pelo que deviam A, B e C ter-lhes informado tal situação. Além do mais, também não lhes foi dada a oportunidade de exercer a faculdade prevista na al. d) do art.º 648º; e, por último, as alterações legislativas das taxas de juro ocorreram após a celebração da garantia, pelo que foram totalmente imprevisíveis, dando causa à alteração das circunstâncias.

Todavia, entendeu o STJ que não lhe cabia apreciar questões novas, a não ser as de conhecimento oficioso, pelo que não se podia pronunciar acerca da modificabilidade do negócio por alteração das circunstâncias por causa de alterações legislativas.

Entretanto, sobre o agravamento dos riscos da fiança, determinou este tribunal que C e D estavam em situação de controlar o plano de pagamentos de B e D. Em consequência, A não tinha nenhuma obrigação de lhes comunicar o incumprimento dos devedores. Desse modo, para que a obrigação se considere por não cumprida e se vençam juros moratórios contra o fiador, não é necessária a interpelação deste; basta que o devedor tenha sido interpelado.

Mais ainda, em suas considerações, o STJ declarou que o fiador tinha de estar atento à situação das pessoas sobre as quais depositou a sua confiança, pois ao tratar das relações entre o fiador e o credor, o legislador nunca pôs a cargo deste o dever de o informar do agravamento do risco do fiador. Por outro lado, também fez ver que não se provou em nenhum momento a má-fé de A.

Diante do exposto, o STJ concluiu pela improcedência do pedido⁸⁶⁹.

IV - Analisada a forma de desvinculação estabelecida na al. b) do art.º 648º, cumpre agora analisar se em situação de insolvência do devedor, pode o fiador exigir deste a sua liberação ou a prestação de caução. Em qualquer caso, revela-se antes crucial fazer pequena abordagem sobre o processo de insolvência para, logo depois, demonstrarmos se é possível ou não ao fiador libertar-se nestas circunstâncias.

Para começar, temos de referir que o diploma de aprovação do actual Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), distinguiu o conceito de insolvência do de falência, ao declarar que *"a insolvência não se confunde com a «falência» (...) dado que a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, em que a primeira noção fundamentalmente consiste, não implica a inviabilidade económica da empresa ou a irrecuperabilidade financeira postuladas pela segunda"*⁸⁷⁰. Consequentemente, foi extinta a figura da declaração de falência e substituída pela declaração de insolvência. Nestas circunstâncias, determina o art.º 1º do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) que: *"O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente"*. Atento a isso, Menezes Leitão afirma estar-se diante de uma acção executiva, pois a insolvência visa a reparação efectiva de direitos de crédito através de mecanismos coactivos; porém, não deixa este autor de opinar que se trata de uma execução com características especiais⁸⁷¹. Numa outra visão,

⁸⁶⁹ Da mesma forma já se tinha pronunciado o STJ num Ac. de 7 de Junho de 2001, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

⁸⁷⁰ O CIRE foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que foi alterado pelos Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, 76-A/2006, de 29 de Março, 282/2007, de 7 de Agosto, 116/2008, de 4 de Julho e 185/2009, de 12 de Agosto e, por último, pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril.

⁸⁷¹ Veja-se, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, Almedina, 2009, pp. 18 -19.

Catarina Serra considera que a insolvência é antes um processo especial e autónomo com segmentos declarativos e executivos próprios⁸⁷².

Pois bem, a nosso ver, parece que o processo de insolvência não configura apenas um processo de execução, visto ele abranger determinados actos, como os incidentes e apensos que são próprios do processo declarativo. Assim, tal processo mostra-se a reunião desses actos como modo comum de procedimento⁸⁷³.

Deve-se ainda referir, que o pressuposto objectivo para aplicação do processo de insolvência resulta da situação do devedor insolvente. A esse respeito, nos termos do n.º 1 do art.º 3º do CIRE, define-se insolvente, o devedor que se encontra incapacitado de cumprir as suas obrigações já vencidas. Neste caso, está-se perante a chamada insolvência actual. Por outro lado, tratando-se de pessoas colectivas em que os patrimónios autónomos não sujeitam nenhuma pessoa singular a responder pessoal e ilimitadamente pelas dívidas, de forma directa ou indirecta, são considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliado segundo as normas contabilísticas aplicáveis (n.º 2 do art.º 3º do CIRE). Mas este critério deixa de ser aplicável, quando o activo seja superior ao passivo em função das regras de avaliação citadas. Nesta última situação, defende Menezes Leitão que parece

⁸⁷² Veja-se, Catarina Serra, A falência no quadro da tutela jurisdicional do direito de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português, Coimbra Editora, 2009, p. 227 e ss.; Para Maria do Rosário Epifânio, trata-se de um “*processo especial autónomo, isto é, com a respectiva disciplina substantiva e processual regulada em diploma autónomo – o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”. Cfr. Manual de Direito da Insolvência, Almedina, Outubro de 2009, p. 14.

⁸⁷³ Note-se, por outro lado, que novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas tem como objectivo fundamental a satisfação dos credores, ao contrário do seu antecessor, o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência “CPEREF”, onde prevalecia a recuperação da empresa, ocorrendo somente a falência quando estivessem esgotados todos os recursos. Actualmente, pelo CIRE, o procedimento de satisfação dos credores pode ocorrer de duas formas: através de um processo de liquidação do património e repartição do produto obtido pelos credores ou por meio de um plano de insolvência focado na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente; contudo, observe-se, a finalidade primordial é sempre a satisfação dos interesses dos credores. De outro lado, estabelece o legislador que podem ser sujeitos passivos da declaração de insolvência, designadamente, as pessoas singulares ou colectivas, a herança jacente, as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais, as sociedades civis, as sociedades comerciais e as sociedades civis sob forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, as cooperativas antes do registo da sua constituição, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada e quaisquer outros patrimónios autónomos (n.º 1 do art.º 2º do CIRE); mas, note-se, excluem-se desta classificação as pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais, as empresas de seguros, as instituições de crédito, entre outras, compreendidas no n.º 2 do art.º 2º do CIRE, na medida em que a sujeição do processo de insolvência a estas entidades colide com o seu regime específico. Ainda a este respeito, não se deixa de realçar que o CIRE alargou o âmbito de sujeitos passivos em relação ao CPEREF, passando a aplicar-se o processo de insolvência a entidades singulares ou colectivas, empresariais ou não e com ou sem personalidade jurídica.

ser de se aplicar o previsto no n.º 1 do artigo citado⁸⁷⁴. Aderimos, por nossa parte, a esta posição.

A par disso, sobressai a questão do legislador equiparar à situação de insolvência actual uma outra considerada meramente iminente. Neste âmbito, diz-se estar perante a insolvência meramente iminente quando, em função das circunstâncias, existe a forte convicção de que se encontram esgotadas todas as possibilidades do devedor cumprir as suas obrigações. Nestas situações, o legislador permite que o devedor determine a abertura do processo de insolvência (veja-se, nesse sentido, o n.º 4 do art.º 3º do CIRE). Avançando mais um passo, de acordo com o CIRE, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica (art.º 5º). Todavia, esta fórmula legal não limita o conceito de empresa a um determinado sector de actividade, ao contrário do CPEREF, que definia empresa como toda a organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços (art.º 2º).

Consubstanciada essa realidade, vale referir que o pedido de declaração de insolvência deve ser apresentado no tribunal da sede ou do domicílio do devedor ou do autor da herança à data da morte, consoante os casos (n.º 1 do art.º 7º do CIRE); podendo também ser apresentado no tribunal do lugar em que o devedor mantém o centro dos seus principais interesses, isto é, aquele aonde ele os administra, de forma habitual, e cognoscível por terceiros (n.º 2 do art.º 7º do CIRE). Relacionado a isso, observe-se, esta norma corresponde ao previsto no art.º 13º do CPEREF; mas enquanto este último limitava-se a determinar que a competência dos tribunais portugueses para os processos de recuperação de empresa e de falência é determinado pelo CPC e pela Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, o actual preceito regulou directamente o tribunal competente. Porém, nas situações em que o devedor não tem sede ou domicílio em Portugal nem o centro dos seus principais interesses, neste país, a competência territorial caberá ao tribunal da situação dos bens, de acordo com o estipulado no n.º 4 do art.º 94º do CPC⁸⁷⁵.

Por seu turno, dispõe de legitimidade activa para requerer a declaração de insolvência o próprio devedor, qualquer responsável legal pelas suas dívidas, qualquer

⁸⁷⁴ Veja-se, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, ob. cit., p. 48.

⁸⁷⁵ Veja-se, neste sentido, Isabel Alexandre, *Themis*, Edição Especial, 2005, p. 51.

credor e o Ministério Público, como nos dizem os arts. 18º e 20º do CIRE. Desse modo, determina o n.º 1 do art.º 18º do CIRE a obrigatoriedade do devedor, numa específica situação, apresentar à insolvência mediante o requerimento de declaração respectiva de tal situação, devendo fazê-lo dentro dos sessenta dias após a data do conhecimento desta realidade ou do momento em que deveria conhecê-la. Se assim não o fizer, poderá por sentença vir a ser declarada uma insolvência culposa (n.º 1 do art.º 18º e alínea a), n.º 3 do art.º 186º, ambos do CIRE). Note-se, porém, que se o devedor for titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível, “*juris et de jure*”, o conhecimento da situação de insolvência passados três meses sobre o incumprimento generalizado de determinadas obrigações tributárias (n.º 3 do art.º 18º do CIRE), das contribuições para a segurança social, dívidas emergentes do contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato, entre outras previstas na alínea g), n.º 1 do art.º 20º do CIRE.

No entanto, exceptuam-se do dever de apresentação de insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência. Por ser assim, a mera omissão ou retardamento na apresentação de insolvência, ainda que implique o agravamento da situação económica do insolvente, não pode ser qualificada como insolvência culposa (n.º 2 do art.º 18º e n.º 5 do art.º 186º, ambos do CIRE)⁸⁷⁶.

Ora, a ser assim, não se deixa de questionar se o credor que não tem o seu crédito vencido pode requerer a declaração de insolvência.

Decidiu a esse respeito o Ac. da RC de 24 de Novembro de 2009, quando referiu: “ [...] *o crédito do credor que instaura a acção de insolvência não tem de estar vencido, pode ser até condicional [...] A suspensão do pagamento das dívidas que ele alegue é que têm de estar vencidas, não o crédito que invoca para justificar a sua*

⁸⁷⁶ Há ainda a reter, o facto de existir a disponibilidade de qualquer responsável legal pelas dívidas do insolvente poder ter iniciativa processual para desencadear o processo de insolvência. Neste âmbito, para efeitos do CIRE, são considerados responsáveis legais as pessoas que, de acordo com a lei, respondem pessoal e ilimitadamente pela generalidade das dívidas do insolvente, ainda que subsidiariamente; podemos citar como exemplo, os sócios de responsabilidade ilimitada (n.º 2 do art.º 6º do CIRE). Além disso, qualquer credor poderá, nos termos da lei, requerer a declaração de insolvência do devedor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito. Dizem Luís Alberto Carvalho Fernandes e João Labareda, que são credores condicionais “*aqueles cuja constituição ou subsistência se encontrem sujeitos à verificação ou não de um acontecimento futuro e incerto tanto por força da lei como de negócio jurídico*”. Veja-se, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, *Qui Juris*, 2005, anotação 5, do art.º 20º, p. 132.

*legitimidade*⁸⁷⁷. Atento a esta questão, explica Menezes Leitão que a “*lei atribui legitimidade para requerer a declaração de insolvência a qualquer credor, ainda que condicional, e qualquer que seja a natureza do crédito. É, assim, necessário, para se poder requerer a declaração de insolvência apenas a existência do crédito, não se exigindo que o mesmo esteja vencido, e muito menos que o credor possua título executivo, devendo o credor justificar na petição inicial, a natureza, origem e montante do crédito (art. 25º, nº1), tendo que fazer prova do mesmo (art. 25º, n.º2)*”. E ainda, “*A prova do crédito pode ser realizada por qualquer meio, designadamente por testemunhas, apresentação do contrato que o gerou, ou documentação da conta-corrente*”⁸⁷⁸. Neste mesmo sentido, Catarina Serra argumenta: “*Em ponto algum do regime se exige que, para pedir a declaração de insolvência, o credor seja titular de um crédito lesado ou sequer vencido*”⁸⁷⁹. Também, Pedro de Sousa Macedo defende que “*Por outro lado, um dos efeitos da declaração de falência é tornar exigíveis todos os créditos*”⁸⁸⁰. Em sentido oposto, porém, o Ac. da RL de 5 de Junho de 2008 decidiu: “[...] *só o incumprimento de obrigações vencidas pode susceptibilizar o requerimento de insolvência por parte do credor*”⁸⁸¹. À doutrina não deixou de se pronunciar sobre mais esta questão. Seguindo a orientação fixada neste último Ac., Maria do Rosário Epifânio defende que o crédito não só tem de estar vencido como também tem de estar em incumprimento⁸⁸².

Por nossa parte, somos de acolher na sua plenitude a posição, segundo a qual, para se requerer a declaração de insolvência é necessário apenas a existência do crédito, não se exigindo que o mesmo esteja vencido e, muito menos, que o credor possua título executivo; pois, parece-nos que o CIRE determina que para ser decretada a insolvência, basta que o devedor esteja em situação de não cumprir as obrigações vencidas. Contudo, não exige, para tanto, que estas obrigações estejam vencidas. Sob esse aspecto, partindo

⁸⁷⁷ Veja-se Ac. da RC de 24 de Novembro de 2009 (proc.º n.º 1896/09.6TBPBL.C1); no mesmo sentido Ac. da RC de 2 de Março de 2011; Ac. da RL de 12 de Janeiro de 2016; disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

⁸⁷⁸ Veja-se, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 128.

⁸⁷⁹ Veja-se, Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional do direito de crédito*, ob. cit., p. 230.

⁸⁸⁰ Veja-se, Pedro de Sousa Macedo, *Manual de Direito das Falências*, vol. I, Almedina, 1964, p. 383.

⁸⁸¹ Ac. da RL de 5 de Junho de 2008, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 7 de Junho de 2016; no mesmo sentido Ac. da RC de 3 de Dezembro de 2009; Ac. da RG de 17 de Dezembro de 2014; disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

⁸⁸² Veja-se, Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, ob. cit., n. 71, p. 35.

do princípio que o processo de insolvência não é um típico processo de execução, já que o credor não actua nas vestes de exequente, certamente lhe é permitido que requeira a insolvência do devedor ainda que não exista mora ou vencimento do seu crédito.

Na verdade, a declaração de insolvência visa primordialmente impedir que a situação económica do insolvente cause danos graves ao credor; e se o devedor já estiver em situação de incumprimento, com a insolvência pretende-se evitar danos maiores relativamente aos já verificados e encontrar mecanismos de satisfazer o credor. A ser assim, ao exigir-se que o crédito esteja vencido, perante a insolvabilidade plena do devedor não se conseguirá prevenir o incumprimento ou mesmo o agravamento dos danos.

Quanto à sorte do fiador no processo de insolvência. Como já tivemos ocasião de explicar, a insolvência não está presente nas diversas formas de desvinculação do fiador elencadas no art.º 648º do CC. Todavia, o mesmo não acontecia no CS, n.º 2 do art.º 844º. De acordo com o revogado preceito, bastava a existência de risco de insolvência do devedor para, note-se, aceitar-se a exoneração do fiador por alteração da situação patrimonial do afiançado, não se exigindo para tal que a insolvência fosse actual. Portanto, o legislador preferiu ampliar o disposto naquele preceito e passou a ser possível a liberação do fiador ou a prestação de caução quando os riscos da fiança se agravassem, sensivelmente, de acordo ao estabelecido pela al. b) do art.º 648º.

Desta perspectiva, será lícito perguntar se nas situações pelas quais existe risco de insolvência do devedor ou já quando este se encontra insolvente, poderá o fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução por agravamento sensível dos riscos da fiança?

Ora, antes de emitirmos a nossa posição, convém analisar alguma jurisprudência para sabermos qual o posicionamento tomado pelos nossos tribunais nas situações em que o devedor se torne insolvente.

Iniciamos pela análise de um Ac. da RG de 18 de Janeiro de 2006⁸⁸³.

Nos autos de execução em exame, com o n.º 3117/2003, no qual foi exequente Cândido, e executados Cândido a par de sua esposa Celeste, Luís e a sua esposa Maria, relativamente à falência de Victor a par de sua esposa Celeste, decretada na Comarca de Viana do Castelo, por sentença proferida em 19-10-2004, transitada em julgado em 29-

⁸⁸³ Cfr. Ac. da RG de 18 de Janeiro de 2006, processo 2421/05-1, onde foi Relator Rosa Tching, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 7 de Junho de 2015.

11-2004, foi proferido despacho a ordenar a extracção de traslado dos autos quanto aos executados falidos e o prosseguimento da execução contra os restantes executados. Nesta razão, os executados Luís e a sua esposa Maria inconformados com o douto despacho, dele agravaram, alegando em síntese o que faz ver a seguir.

Na relação em causa, foram fiadores dos devedores principais, os agora declarados falidos. Contudo, aquando da prestação da garantia fidejussória estes gozavam de boa saúde financeira. Por essa razão, dizem os referidos garantes, ocorreu uma alteração significativa relativamente às circunstâncias evidenciadas na data da constituição da fiança, uma vez que os devedores principais ao tornarem-se falidos adquiriram outro estatuto jurídico; e, assim, não poderão os falidos serem desresponsabilizados, sem que isso afecte também a posição dos fiadores, visto que tornar-se-ia totalmente impraticável o direito de regresso que os fiadores têm sobre os devedores principais, nos termos do art.º 644º do CC. Além disso, prosseguiram os agravantes, como determina o art.º 648º, alínea b) do CC, *"é permitido ao fiador exigir a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor nos casos de os riscos da fiança se agravarem sensivelmente"*, decorrendo como consequência da *"ratio legis"* de ambos preceitos a impossibilidade de se extrair traslado dos autos em benefício dos executados falidos, pelo que deve o despacho ora recorrido ser declarado nulo e, por este motivo, ser substituído por outro que declare a extinção da instância quanto aos ora Recorrentes.

De seguida, o tribunal entendeu que a única questão a resolver seria de saber se a declaração de falência dos executados, devedores principais, acarretaria, ou não, a extinção da execução contra os executados fiadores.

Centrado nisso, começou por fundamentar esta instância judicial que a obrigação do fiador é sempre acessória em relação à obrigação do devedor afiançado. No entanto, de qualquer modo, a declaração de falência dos executados/devedores afiançados não faz extinguir a obrigação dos executados/devedores fiadores. Por isso, não determina a extinção da fiança e nem tão pouco faz extinguir o direito de sub-rogação do fiador nos direitos do credor. Neste particular, sustentou ainda o douto Tribunal, mesmo que se verifique a situação de impossibilidade de efectivação do crédito por insuficiência ou diminuição do património do devedor/falido, nem por isso deixa de ocorrer a sub-rogação. Sob este perfil, o que o fiador não pode é valer-se dela.

Com este entendimento, declarou ainda o referido tribunal, como sendo o direito de liberação do fiador configurado no art.º 648º do CC, apenas um direito contra o devedor, e não contra o credor, que aliás, não pode ser prejudicado, nem se vê que a impossibilidade prática de exercício desse direito pelos fiadores, resultante da declaração de falência dos devedores afiançados, possa conduzir a extinção da instância executiva contra aqueles.

Do exposto, a RG negou provimento ao recurso de Agravo e, conseqüentemente, confirmou o despacho recorrido. Assim posta a solução judicial, impõem-se alguns comentários.

Tendo isso em vista, cumpre primeiro observar que a declaração de insolvência impede a instauração de qualquer acção executiva intentada pelos credores da insolvência contra o insolvente. Todavia, se existirem outros executados, a execução pode seguir contra estes. Contudo, tratando-se de execuções que prossigam contra os restantes executados e não hajam de ser apensados ao processo, de acordo com o n.º 2 do art.º 85º do CIRE, é apenas extraído e remetido para apensação o traslado do processo de insolvência (art.º 88º do CIRE).

Colocada desta maneira a nossa opinião, num primeiro momento, parece-nos que nada obsta a instauração da acção executiva contra os fiadores.

No entanto, tem uma questão que não deixa de saltar à vista.

Como salientado, correu um processo de insolvência contra o devedor. Sendo os aqui agravados credores, interrogamo-nos do porquê de não terem dentro do prazo fixado para o efeito, reclamado a verificação do seu crédito no mencionado processo de insolvência?

Ora, é altura de notar que os referidos credores deveriam, no momento oportuno, dirigir requerimento ao administrador da insolvência, acompanhado de todos os meios de prova ao seu alcance, seguindo os demais termos previstos no Código. Porém, parece-nos que tal não foi feito, razão pela qual dirigiram uma acção executiva contra os fiadores. A ser assim, vem a propósito lembrar, segundo o estatuído no art.º 653º do CC, que os fiadores ainda que solidários, ficam desonerados da obrigação contraída no caso de, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem. Repare-se, entretanto, que a circunstância do agravado não ter reclamado o seu crédito no processo de insolvência, constitui um facto negativo do

credor; isto é, constitui um acto omissivo que levou o fiador a perder a possibilidade de, na eventualidade de cumprir a obrigação, se sub-rogar nos direitos do credor/agravado.

Na verdade, importa sempre descortinar qual foi o facto que originou a perda da possibilidade de sub-rogação do fiador e se realmente foi por acto do credor. Mas esta situação não ficou apurada, não nos parecendo justo que seja o fiador a arcar com as consequências do comportamento do credor. Por outras palavras, é fundamental apurar-se o prejuízo real causado ao fiador pela perda do direito imputável ao credor.

Enfim, se na realidade os agravados/credores não reclamaram do seu crédito no processo de falência, somos de concluir pela desoneração do fiador.

Além disso, defendem os agravantes que os riscos da fiança se agravaram, visivelmente, razão pela qual podem exigir a sua desvinculação nos termos previstos na al. b) do art.º 648º do CC. Como referenciado, desde logo o preceito citado é de longe mais abrangente do que o disposto no CS; de tal sorte que pode até não haver uma diminuição substancial do património do devedor, mas a situação patrimonial piorar de tal modo que pode sobrevir o receio do fiador ter de cumprir a obrigação fidejussória.

E, sendo assim, parece-nos lícito que qualquer risco anormal respeitante ao contrato de fiança susceptível de causar desequilíbrios inesperados, confere ao fiador o direito de exigir à sua liberação.

Por sua vez, convém sempre realçar que, no caso de o credor obter sentença executável contra o fiador, pode este sempre exigir à sua liberação segundo o disposto na al. a) do art.º 648º do CC, uma vez que a lei não exige que se obtenha igualmente sentença executável contra o devedor para o fiador se desvincular da garantia.

Levado isso em consideração, tome-se como exemplo o Ac. da RL de 1 de Fevereiro de 2007⁸⁸⁴.

Nele, os factos prendem-se no seguinte: C intentou acção declarativa de condenação com processo ordinário contra um Banco, onde pediu a condenação deste último no pagamento de créditos que este prestou a título de garantia. Para tanto, alegou, em síntese, que foi celebrado um contrato de empreitada no qual se verificou a

⁸⁸⁴ Ac. do RC, processo n.º 10593/2006-2 de 1 de Fevereiro de 2007, que teve como Relatora Ana Paula Boularot (Falência, Fiança e Sub-rogação) www.dgsi.pt, visualizado em 05 de Junho de 2015; no mesmo sentido Ac. da RC de 8 de Março de 2013; Ac. da RC de 8 de Novembro de 2016, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Dezembro de 2017.

execução defeituosa de obra, não sem antes a ré ter prestado duas garantias bancárias. Por força disso, o autor requereu o pagamento das garantias devidas.

Na sequência, a acção foi julgada procedente e a ré condenada no referido pagamento. Inconformada, esta apelou para a RL, alegando resumidamente o que se segue.

Nos termos precisos, as garantias prestadas pelo Banco têm natureza de fianças; por isso, são acessórias da obrigação do devedor e não pura e simplesmente autónomas, conforme decorre da correcta interpretação do texto dessas garantias, no qual diz: “*respondendo nós, por fazermos a entrega de quaisquer importâncias que se tornem necessárias até aquele limite*”. Assim, o montante que o beneficiário das garantias pode exigir do Banco tem de corresponder com a obrigação que o empreiteiro contraiu em consequência do seu incumprimento, sem prejuízo dos limites máximos garantidos. Nestes termos, cabia ao Apelado demonstrar quais as importâncias em dívida por parte do empreiteiro; contudo, em momento algum quantificou o valor da indemnização a pagar pelo ordenante da garantia, nem alegou factos que permitissem calcular tal montante.

Porém, afirmou ainda que o apelado não reclamou do seu crédito no processo de falência da sociedade empreiteira. Assim, a sua conduta foi abusiva, pois exigiu o crédito do apelante sabendo que este não poderá sub-rogar-se nos seus direitos e exigir do empreiteiro, já que este está falido. Nestas circunstâncias, prosseguiu, a perda do direito de se sub-rogar é imputada ao apelado, uma vez não ter reclamado o seu crédito nos prazos devidos perante o empreiteiro.

Ademais, fez-se ver ainda, ao reconhecer-se a desoneração do apelante com fundamento na circunstância de o apelado ter accionado as garantias há mais de um ano, mas depois de esgotado o prazo para reclamar o seu crédito na falência do devedor principal, que a sentença violou o previsto no art.º 653º do CC.

Por outro lado, determinou a RL o seguinte:

Cabe ao apelado alegar e provar qual o valor em dívida por parte do empreiteiro ordenante das garantias, coisa que o apelado não fez.

De qualquer modo, o art.º 653º do CC confere ao fiador a possibilidade de se desvincular, quando não seja possível este ficar sub-rogado nos direitos do credor. Por esse motivo, o fiador não pode, em princípio, libertar-se da obrigação fidejussória. No

entanto existem exceções a esta regra, como é o caso de fraude ou abuso evidente por parte do beneficiário da garantia. Deste modo, a questão que se impõe descortinar é se a omissão da reclamação do crédito no processo de falência, impediu a sub-rogação do apelante nos direitos que lhe cabiam. Pois bem, se a empresa foi declarada falida em 6 de Agosto de 1999, o apelado em momento algum reclamou o seu crédito. A ser assim, aplica-se o disposto no preceito 653º do CC, segundo o qual “*Os fiadores, ainda que solidários, ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não puder ficar sub-rogados nos direitos que a este competem*”. Assim, o fiador tem direito à liberação porque o apelado impediu que a Apelante pudesse discutir o seu potencial crédito contra o devedor em estado de falência, visto que a sub-rogação se tornou impossível; ou seja, deixou o instituto da sub-rogação sem qualquer conteúdo.

Com o exposto, o tribunal julgou a Apelação procedente e em consequência revogou a sentença recorrida.

Partindo desta posição devemos observar, em nossa humilde opinião, que o art.º 653º prevê a desoneração dos fiadores na situação de, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem. E, tal como já foi dito, a omissão do credor pode relevar para efeitos de liberação do fiador.

De resto, no caso em apreço, o credor/apelado não reclamou do seu crédito no processo de falência do devedor, pelo que tal comportamento constitui, à luz do art.º 653º, um acto omissivo que levou o fiador a perder a possibilidade de, no caso de cumprir a obrigação, se sub-rogar nos direitos do credor/apelado.

Neste sentido, tal significa que o fiador ao satisfazer a dívida do credor, não poderá reaver do devedor o que haja pago. Por isso mesmo, considerou a RL que a omissão do credor paralisou o direito de sub-rogação do fiador. Em consequência, não faz certamente sentido que o fiador seja forçado a cumprir a obrigação fidejussória, podendo nestas circunstâncias exigir a sua desoneração.

Deve-se considerar, portanto, que com essa decisão se fez justiça.

Colocada assim a conclusão do caso em exame, devemos dar resposta a questão colocada anteriormente. Ora, sem mais, julgamos lícito que nas situações nas quais exista risco de insolvência do devedor ou de este já se encontrar insolvente, nada impede o fiador de exigir a sua liberação por agravamento sensível dos riscos da fiança. A par disso, na circunstância dos credores não reclamarem atempadamente os seus

créditos no processo de insolvência a correr contra o devedor principal, consideramos justo o direito à desoneração do fiador, por omissão do credor, nos termos do art.º 653º. Assim, uma coisa é certa, obtendo o credor sentença exequível contra o fiador, poderá sempre este desonerar-se, como até já se vem defendendo.

C) Alínea c) do art.º 648º

I - O terceiro caso indicado no art.º 648º expressa o seguinte: se após a assunção da fiança, o devedor se houver colocado na situação prevista na al. b) do art.º 640º do CC, que corresponde a situação em que o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia não puder, em virtude de facto posterior à constituição da fiança, ser demandado ou executado no território continental ou das ilhas adjacentes.

Ora, notoriamente este dispositivo não representa grande novidade, uma vez que o n.º 3 do art.º 844º do CS já previa o direito a liberação do fiador sempre que o devedor pretendesse ausentar-se do país. Constituía, porém, novidade neste Código de 1867, dado que não estava previsto na legislação anterior. Efectivamente, no CS exigia-se apenas a pretensão do devedor em ausentar-se do país como requisito bastante para o fiador exigir a sua desvinculação.

Em qualquer caso, curiosamente verifica-se que não existe qualquer correspondência desta causa de liberação nem no *code*, nem no *codice* e muito menos no CCE. Também no AUOG da OHADA não encontramos nada similar, talvez pela forte influência do Direito francês. No entanto, o mesmo já não ocorre no Código Suíço das Obrigações (revisão de 1941), que admite o direito a liberação do fiador quando por mudança de residência do devedor para outro Estado, se tornar consideravelmente difícil a sua perseguição jurídica - “*lorsqu’il est en demeure ou ne peut être recherché que dans des conditions sensiblement plus difficiles parce qu’il a transféré son domicile dans un autre Etat*” (n.º 2 do art.º 506º).

Nesse mesmo sentido, estatui o BGB, parágrafo 775 al. 1, n.º 2 – “*If pursuit of rights against the principal debtor is made appreciably more difficult due to a change of residence, of business establishment or of place of abode occurring after assumption of suretyship*”, (se após a assunção da dívida, se tornar significamente mais difícil a demanda do devedor em juízo, por mudança de domicílio de residência ou de estabelecimento comercial, é legítimo ao fiador exigir a sua liberação). Notoriamente este preceito assemelha-se ao estabelecido no parágrafo 773º al. 1, n.º 2, relativo às

excepções ao benefício da excussão, ao determinar que se exclui o mencionado *beneficium*, se após assumir a fiança, o devedor muda de residência, de estabelecimento comercial ou de domicílio, dificultando com isso essencialmente o ser demandado em juízo.

Assim, parece-nos que não se levantam grandes dúvidas quando a este preceito, podendo-se então dizer-se que o fiador goza do direito à liberação nas circunstâncias em que após a assunção da fiança, o devedor se colocou na situação de não poder ser demandado no país, tornando-se por este facto, notavelmente mais difícil demandá-lo.

Ainda na vigência do CS, Guilherme Moreira afirmou que talvez o n.º 3 do art.º 844º tenha previsto um caso de direito à liberação do fiador, o de o devedor pretender ausentar-se do país, pela circunstância de se porventura o devedor não poder ser demandado no país, perder o fiador o benefício da excussão (n.º 3 do art.º 830º)⁸⁸⁵.

Para Vaz Serra: “*Se o devedor não puder ser demandado no país, embora os seus bens continuem nele, pode ser muito mais difícil demandá-lo e, sem a demanda, não podem os seus bens ser executados (não havendo outro título executivo)*”⁸⁸⁶. Portanto para este autor, justifica-se esse direito à liberação do fiador sempre que este se queira colocar em situação de fazer e perder o benefício da excussão.

No entanto, faz ver o autor que o devedor pode ter intenção de se colocar nessa posição, mas não chegar a efectivá-la. Pelo que, nestas circunstâncias, uma vez demonstrada a perda da intensão do devedor principal em ausentar-se, pode requerer-se a cessação da prestação de caução que eventualmente tenha sido exigida pelo fiador; mas se por outro lado, o fiador tiver exigido a liberação quando soube das intenções do devedor e tiver ocorrido a desvinculação, não podia o devedor exigir que o fiador se obrigasse novamente⁸⁸⁷. Ora, isso sempre se mostraria não só perigoso para o fiador como irrazoável fazer-se tal exigência.

Porém, desde logo, a doutrina daquela época defendeu uma posição sólida e não se absteve de criticar a letra da lei ao afirmar que, não bastava, como é óbvio, que a ausência do afiançado do país se devesse a singela viagem de recreio ou equivalente. Para Vaz Serra: “*Não sendo assim, o simples facto da ausência não prejudica consideravelmente os interesses do fiador, uma vez que o devedor, embora ausente,*

⁸⁸⁵ Cfr., Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil, vol. II, ob. cit., p. 323.

⁸⁸⁶ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 186.

⁸⁸⁷ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 186.

*pode ser citado por éditos ou por outros meios susceptíveis de garantir a sua citação no país estrangeiro*⁸⁸⁸. Assim, a ausência do país só seria fundamento bastante para o fiador exigir a sua liberação, quando com ela o devedor se colasse em situação de não poder ser demandado no país, mostrando-se assim mais difícil demandá-lo. Caso contrário, não seria, por si só, motivo bastante o fiador a desvincular-se.

O CC continua de certo modo a permitir a liberação do fiador nestas circunstâncias, mas apenas na eventualidade de se tornar impossível demandar ou executar o afiançado no território nacional ou ilhas adjacentes. A ser assim, não basta que este pretenda ausentar-se do país; é necessário que seja impossível a sua demanda ou execução após constituição da fiança.

A dúvida que sobressai neste articulado é se esta causa de liberação se aplicará às situações nas quais o fiador goza do benefício da excussão, dada a remissão para a al. b) do art.º 640º do CC.

Ora, parece-nos que gozando ou não o fiador do benefício da excussão, tal não constitui impedimento para que este possa exigir do devedor a sua desvinculação. No entanto, é visível que este requisito além de ser uma causa de exclusão do benefício da excussão, constitui também uma das causas passíveis de gerar a liberação do fiador; todavia, não passa disso. Em suma, apesar de estarmos perante dois benefícios que resultam naturalmente da fiança civil, entendemos ser pacífico não existir qualquer oposição de que os fiadores que gozam do benefício da excussão, não podem perante a ameaça de serem chamados a cumprir a obrigação principal, de exigir do devedor a sua desvinculação. Justamente porque o conteúdo do direito à liberação nada tem a ver com a subsidiariedade da fiança. Na verdade, estamos perante relações jurídicas de distinta natureza, embora a renúncia ao benefício da excussão implique, naturalmente, a renúncia ao benefício da liberação. Isto só não acontece, se o fiador declarar o oposto aquando da constituição da garantia fidejussória.

No entanto, já nos pronunciamos anteriormente sobre esta questão de forma mais pormenorizada⁸⁸⁹.

D) Alínea d) do art.º 648º

⁸⁸⁸ Vaz Serra, Fiança e figuras análogas, ob. cit., p. 186.

⁸⁸⁹ Veja p. 231 e ss., do nosso estudo.

I - O quarto caso previsto no art.º 648º é o de o devedor já se ter comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto.

O BGB mostrou-se silencioso quanto a esta questão, conforme se pode constatar do estabelecido no parágrafo 775º⁸⁹⁰. Porém, o Código Suíço exprime claramente que o fiador pode exigir a sua liberação: “*Quando o devedor viola os compromissos assumidos com este, nomeadamente a liberação em certo tempo do fiador*” (*lorsque le débiteur contrevient aux engagements qu’il a pris envers elle, notamment à sa promesse de la faire libérer dans un délai donné*, n.º 1 do art.º 506º).

Por sua vez, o *code* estabelece a possibilidade de o fiador agir contra o devedor principal, “*Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado*, n.º 3 do art.º 2032º”. A esse respeito, segundo Pothier, já no Direito Romano o fiador podia exigir do devedor a sua desvinculação, após ter decorrido o prazo inicialmente estipulado para vigorar o contrato de fiança. Daí a velha expressão romana de que a fiança “*non extenditur de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus*”⁸⁹¹ (Não se estende a fiança de pessoa a pessoa, nem se prolonga além do tempo convencionado). Porém, este preceito corresponde ao n.º 3 do art.º 2112º do Anteprojecto Belga. Sobre o assunto afirma Domat: “*Findo o prazo para a que o devedor se obrigou a liberar o fiador, pode este último exigir a sua liberação, ainda que não seja demandado pelo credor*”⁸⁹². Para Bourjon: “*Da garantia nasce uma acção a favor do garante a obrigação, findo o termo a que se obrigou o devedor a desvincular o garante, pode este agir contra o devedor para obter a sua liberação*”⁸⁹³.

O *codice* também prevê disposição semelhante. Estabelece o n.º 3 do art.º 1953º do *codice*: “*quando il debitore si è obbligato di liberarlo dalla fideiussione entro un tempo determinato*”.

Discute a doutrina italiana se o devedor em vez de liberar o fiador pode prestar caução, nos termos do estabelecido no preceito como se revela: “*Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il*

⁸⁹⁰ Ludwig Enneccerus, Tratado de derecho civil, ob. cit., p. 327.

⁸⁹¹ Veja-se, Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 282.

⁸⁹² Jean Domat, Les Lois civiles dans leur ordre naturel, t. I, París, 1777, tit. IV, sect III, art. III, p. 372.

⁸⁹³ François Bourjon, Le Droit Commun de la France et de la Coutume de Paris réduits en principes, t. II, París, 1770, tit. I, sect. III, XV, p. 434.

soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso”. Sobre a questão se pronunciou Ravazzoni e defendeu que apesar da literalidade do preceito ir em sentido oposto, considera que a sua redacção é imperfeita, pelo que o devedor principal deve procurar liberar o fiador. Não se encontram razões para justificar que o pactuado entre as partes pode ser alterado por vontade da lei⁸⁹⁴.

Ainda, a esse respeito, equaciona-se na doutrina italiana a possibilidade de, tal como no direito português, se incluir na redacção do n.º 3 do art.º 1953º do *codice* a possibilidade de o fiador ser liberado se o devedor se tiver comprometido a fazê-lo verificado certo evento. Sobre a questão, se pronuncia a maioria da doutrina e defende que o preceito apenas se refere à possibilidade de o fiador ser liberado decorrido certo prazo, pelo que não seria adequado incluir-se no preceito a situação de verificação de determinado evento, como condição para liberar o garante⁸⁹⁵. Portanto, não se admite qualquer interpretação extensiva ao preceito.

No direito espanhol, determina o n.º 3 do art.º 1843º do CCE que o fiador pode exigir a sua liberação ou a prestação de caução, “*Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido*”. Este preceito tem como base o n.º 4 do art.º 2032º do *code* que é uma reprodução do n.º 4 do art.º 2112º do Anteprojecto belga. Comparado com as demais alíneas deste preceito, verifica-se aqui a existência de prévio acordo entre o devedor e o fiador, em que o primeiro se compromete a desvincular o fiador dentro de determinado prazo. Porém, o devedor não assume o compromisso de procurar a liberação do fiador, mas sim a obrigação de tornar efectiva a dita liberação⁸⁹⁶. Por outro lado, considera a doutrina que o n.º 3 do art.º 1843º do CCE tem em comum com o n.º 5 do mesmo preceito (*Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años*) o facto que em ambos os casos, o interesse do fiador é ficar desvinculado da fiança cuja prorrogação no tempo da obrigação fidejussória pode não interessar-lhe, diferenciando-se, por não implicar uma especial protecção do fiador, mas parte-se do princípio da existência de um pacto válido e trata-se simplesmente de cumpri-lo⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ Alberto Ravazzoni, Fideiussione, ob. cit., 288.

⁸⁹⁵ Valerio Campogrande, Trattato della fideiussione, ob. cit., p. 72. Fragali, Delle obbligazioni. Fideiussione, ob. cit., p. 507.

⁸⁹⁶ Cfr. Anna Casanova Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 202.

⁸⁹⁷ Guilarte Zapatero, Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p. 310; Anna Casanova Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 210.

Por outro lado, defende a doutrina que o acordo entre o devedor e o fiador não vincula o credor, salvo se este aderiu ao mesmo de forma expressa, por exemplo, incluindo o seu acordo no contrato de fiança. Se assim aconteceu, mais do que uma fiança com pacto de liberação dentro de um período de tempo, se constituiu uma fiança limitada a um determinado prazo, cujo transcurso a extinguiria, sem necessidade de qualquer outro requisito⁸⁹⁸. Se por outro lado, o credor não aderiu ao pacto celebrado entre o fiador e o devedor, o fiador não se libera automaticamente, o que também seria um absurdo, pelo que o transcurso do prazo indica apenas o momento a partir do qual o garante pode exigir a sua liberação⁸⁹⁹.

À sua vez, Puig Peña faz ver que a desvinculação do fiador nestas circunstâncias não acarreta prejuízos para o credor, desde que este conheça a existência de uma limitação de tempo estipulada⁹⁰⁰. Em sentido contrário, Guilarte afirma que em nenhuma circunstância o credor sai prejudicado, independentemente de conhecer ou não da existência de um prazo findo o qual o fiador poderá exigir a sua liberação⁹⁰¹.

Poderia equiparar-se este n.º 3 do art.º 1843º do CCE às situações em que a liberação do fiador fica dependente do cumprimento de uma condição, da verificação de certo evento. No entanto, o pacto deverá ser realizado com o credor e o cumprimento da condição determinará a extinção da fiança⁹⁰². Decorrente desta posição, pode-se equiparar a este pressuposto o caso da liberação da fiança depender do cumprimento de uma condição, mantendo-se a obrigação de liberação suspensa até se verificar a condição; porém o credor deverá participar no pacto. Em posição contrária, considera Carmen Arija, que o art.º 648º do CC português incluiu de forma expressa que pactuada a verificação de certo evento e ocorrendo o evento, pode o fiador exigir a sua desvinculação, mas o mesmo não acontece no art.º 1843º do CCE, razão pela qual não é de se aplicar⁹⁰³.

Por seu turno, discute-se na doutrina espanhola se pode admitir-se a promessa do devedor liberar o fiador quando a fiança garanta uma obrigação com prazos sucessivos.

⁸⁹⁸ Guilarte Zapatero, *Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 101.

⁸⁹⁹ Cfr. Anna Casanova Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., p. 202.

⁹⁰⁰ Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2º, 1ª ed., Madrid, 1946, p. 495.

⁹⁰¹ Guilarte Zapatero, *Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 253.

⁹⁰² Gutiérrez Fernández, *Códigos o Estudios Fundamentales Sobre Derecho Civil Español*, ob. cit., p. 69.

⁹⁰³ Carmen Arija, *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, ob. cit., p. 101.

Num plano teórico a questão não levanta grandes dúvidas, mas num plano prático pode dar lugar a problemas. Assim, se o pacto foi realizado sem conhecimento nem autorização do credor, será difícil levar-se a cabo, posto que o devedor somente poderá liberar o fiador conseguindo que o credor aceite um novo garante no lugar do anterior ou então que o credor renuncie a fiança pagando o devedor antecipadamente a totalidade da dívida. Por outro lado, poderia pensar-se que o pacto não é válido por ser contrário à natureza da obrigação principal (obrigação de cumprimento sucessivo), o que obriga ao devedor, antes do fiador, exigir a sua liberação e pagar ao credor a totalidade da dívida⁹⁰⁴.

Por último faz ver Carmen Arija, que o mencionado preceito não autoriza ao devedor constituir uma garantia a favor do fiador, apesar do último parágrafo dizer que: *“En todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía”*; pois o devedor se obrigou a liberar o fiador e deverá cumprir o pactuado, não se considerando que haja cumprido quando se limite a prestar uma garantia⁹⁰⁵.

No respeitante ao CCB antes da reforma de 2002, o art.º 1499º previa expressamente: *“O fiador, ainda antes de haver pago, pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança desde que a dívida se torne exigível, ou tenha decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerá-lo”*. Este preceito foi revogado, porém supomos que foi feita correspondência para o art.º 835º do CCB de 2002. Sobre a questão Ricardo Fiuza considera que: *“A fiança, por prazo determinado extingue-se com o advento do termo”*⁹⁰⁶.

Quanto ao direito pátrio, o n.º 4 do art.º 844º do CS já determinava que era possível ao fiador exigir do devedor o pagamento da dívida ou que o desonerasse da fiança nas situações em que o devedor se tinha obrigado a desonerá-lo em tempo determinado e que esse tempo já tivesse decorrido. Com estas coordenadas, Vaz Serra no seu Anteprojecto vai mais longe ao estipular no n.º 4 do art.º 24º que o fiador pode exigir do devedor a sua liberação ou a prestação de caução, *“Se o devedor se obrigou a desonerar o fiador em tempo determinado, que já tenha decorrido, ou verificada outra circunstância determinada, que já tenha produzido, ou, de um modo geral, se o devedor cumpriu uma obrigação assumida para com o fiador, tal que, se não contasse com esse*

⁹⁰⁴ Carmen Arija, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., pp. 102-103.

⁹⁰⁵ Carmen Arija, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 103.

⁹⁰⁶ Ricardo Fiuza, Código Civil Comentado, ob. cit., p. 765. Antes da reforma, veja-se Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, ob. cit., p. 199.

cumprimento, seja de admitir não teria o fiador consentido na fiança”⁹⁰⁷. Sem margem para erros, este articulado influenciou no acréscimo ao actual CC da frase, “*a verificação de certo evento*”. Para Vaz Serra, da relação entre devedor e fiador pode resultar que o primeiro seja obrigado a liberar o garante e, como esta obrigação não prejudica ao credor – visto que a liberação do fiador não se faz com prejuízo dele –, não existem razões para impedir que tal obrigação seja eficaz. Contudo, salienta o autor que não é somente nas situações em que o devedor se obrigou a desvincular o garante num certo prazo que este tem o direito à liberação, mas em todas as situações em que tal situação derivar do vínculo existente entre o devedor e o fiador. Nestes termos, se o devedor se obrigou a liberar o fiador verificada determinada circunstância, deve ter o fiador neste caso direito a ser desonerado⁹⁰⁸.

Seguindo a mesma posição, referiu Américo da Silva Carvalho considerar nada mais certo que se o devedor assume perante o fiador a obrigação de o desonerar findo determinado período de tempo, ou seja, se cumprir a sua obrigação, conseguindo, por exemplo, que o credor prescindir da garantia, esta extingue-se. Mas não é somente quando o devedor tiver obrigado a desonerar o fiador, decorrido que seja determinado período de tempo, que aquele tem a obrigação de o desonerar. Assim, nas situações em que o devedor e o fiador tenham acordado, verificada determinada circunstância, que o devedor obriga-se a desonerar-lo, assim terá de ser feito. No entanto, faz ver ainda Vaz Serra não se mostrar necessário que tal esteja previsto no corpo do preceito, pois este resulta já dos princípios gerais disciplinares das relações contratuais. Deste modo, o devedor ao assumir qualquer obrigação perante o fiador, deve cumpri-la⁹⁰⁹.

Actualmente, sobre a al. d) do art.º 648º se pronunciou Menezes Cordeiro, para quem a relação mantida entre o devedor principal e o fiador explica tudo⁹¹⁰. Almeida Costa, também se pronunciou sobre a questão e fez ver que esta hipótese dispensa explicações⁹¹¹.

Contudo, de maneira mais pormenorizadamente Januário da Costa se pronunciou sobre a questão, argumentando que este preceito tem por si só uma justificação natural: “*o fiador vinculara-se face ao credor porque o devedor se comprometera para com ele*

⁹⁰⁷ Veja-se, Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas*, ob. cit., p. 304.

⁹⁰⁸ Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas*, ob. cit., p. 187.

⁹⁰⁹ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, *Extinção da fiança*, ob. cit., p. 177.

⁹¹⁰ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias*, ob. cit., p. 498.

⁹¹¹ Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 901.

a libertá-lo daquela situação debitória num determinado prazo ou verificado certo evento”; ou então, ainda que se demonstrasse que, mesmo sem esse compromisso, o fiador se teria igualmente vinculado, o que é certo é que o devedor prometeu desonerar o fiador. Trata-se, ao fim e ao cabo, de, face à não ocorrida libertação, exigir o cumprimento da promessa, exigência essa que pode ser acrescida, nos termos gerais, de um pedido de indemnização pelos danos decorrentes da não desoneração”⁹¹².

Notoriamente a al. d) do art.º 648º legitima uma actuação do fiador face ao devedor principal, quando tenha existido um pacto expresse ou tácito entre eles, no qual o devedor se comprometeu a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento. Neste sentido, o devedor assume o compromisso de desvincular o fiador. No entanto, o fiador ao exigir a sua libertação ou a prestação de caução, não precisa de demonstrar o maior perigo da fiança, porquanto até a situação económica do devedor pode ter melhorado; porém, mesmo assim continua obrigado a cumprir a sua promessa de desvinculação⁹¹³.

Face ao exposto, não se deixa de equacionar se a circunstância do credor ter ou não aderido ao pacto influencia a libertação do fiador findo o prazo acordado ou verificado o evento previsto.

A esse respeito, parece-nos que a fiança prestada nos termos desta alínea, está muito longe de se tratar de fiança prestada por tempo determinado, situação esta pela qual a garantia se extingue por caducidade, sem necessidade de qualquer outro requisito. No entanto, acontece que, muitas vezes, o credor é alheio a relação que se estabelece entre o devedor e fiador, ou porque não lhe importa conhecer ou então porque não se apercebe de tal vínculo. Com isso, nada obsta que a fiança possa ser constituída em condições menos gravosas, isto é, que seja pactuado entre o devedor principal e o fiador a obrigação de liberar o garante findo período acordado, mesmo que este prazo para a extinção da fiança seja inferior ao da extinção da obrigação principal. Contudo, é evidente que o fiador só se vincula face ao credor porque existe a promessa do devedor o liberar decorrido certo prazo ou verificado certo evento. E, mesmo que se prove que a vinculação do fiador não ocorreu somente pela existência da promessa, a verdade é que não podemos colocar à margem essa promessa.

⁹¹² Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 861-862.

⁹¹³ Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 862.

Em outros termos, quando o devedor promete liberar o garante, cabe a este exigir que o devedor principal cumpra a sua promessa. A ser assim, parece-nos que tendo ou não o credor conhecimento do acordo celebrado entre o devedor fidejussório e o devedor principal, o certo é que existe uma promessa de liberação que deve ser cumprida. Até porque, em nada afecta o credor o facto de conhecer ou não o acordo celebrado, dado que o direito a liberação exerce-se contra o devedor e não atinge os interesses do credor.

Assim, parece-nos que o incumprimento do acordado poderá causar danos ao fiador, que verá a sua obrigação fidejussória prolongada no tempo. Por esta razão, mostra-se lícito o garante obter sentença judicial que condene o devedor a indemnizá-lo dos danos e prejuízos causados pelo incumprimento da obrigação de liberação.

Sublinha-se, entretanto, que não sustenta a liberação do fiador nos termos deste preceito, o facto de o devedor principal não ter cumprido outras obrigações assumidas com o fiador, tal como por sinal prevê o n.º 1 do art.º 506º do CC suíço. Porém, se houver o incumprimento de qualquer obrigação do devedor face ao fiador que conduza ao agravamento sensível dos riscos da fiança, sempre pode o garante exigir a sua liberação com o fundamento na al. b) do art.º 648º.

E) Alínea e) do art.º 648º

I - O último pressuposto do art.º 648º estabelece que o fiador pode exigir a sua liberação, ou a prestação de caução quando houverem decorridos cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes.

Recuando à Roma Antiga, inicialmente, não se estabelecia qualquer prazo, sendo suficiente um tempo considerável; posteriormente Bártolo limitou o tempo a dois ou três anos⁹¹⁴. Em posição extrema, encontramos o BGB que não contém previsão semelhante a esta forma de liberação do fiador (parágrafo 775)⁹¹⁵.

O *code* alude no n.º 5 do 2032º a hipótese de se terem passado dez anos, quando a obrigação principal não tem um termo fixo de vencimento, salvo se a obrigação

⁹¹⁴ Veja-se, Guilarte Zapatero, Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p.255.

⁹¹⁵ Cfr. Ludwig Enneccerus, Tratado de derecho civil, ob. cit., p. 327.

principal, tal como uma tutela, não for de natureza a poder extinguir-se antes de um tempo determinado (*Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de un plazo determinado, como una tutela*”).

A propósito deste articulado, Simler assinala que: “A fórmula significa claramente, que se a obrigação principal é de duração indeterminada ou, pelo menos, não tem um termo, a garante deve ser capaz de obter a sua liberação após um prazo razoável que a lei fixou em dez anos. A justificação é que o vínculo não deve permanecer além das previsões”⁹¹⁶.

Portanto o n.º 5 do art.º 2032º do *code* prevê uma regra geral e uma excepção que impede que o fiador reaja contra o devedor principal, antes de decorrido dez anos, se a própria natureza da obrigação afiançada não pode extinguir-se antes desse prazo. O fiador tem conhecimento que a fiança provavelmente dure mais de dez anos, por isso não pode exigir a sua liberação. Tradicionalmente a doutrina francesa aponta como exemplos, as obrigações do tutor e a renda vitalícia, nas quais o fiador sabe que a obrigação pode ter duração prolongada, como afirmava Pothier. Nestes casos o fiador não pode alegar a incerteza da sua situação, porque era de antemão previsível⁹¹⁷. Porém, Pothier fazia distinção entre uma fiança de renda vitalícia e a fiança de renda indefinida ou perpétua, caso o fiador se tivesse obrigado a pedido do devedor e a fiança já durasse um tempo considerável, pelo menos dez anos, disso resultando fundadas razões para o fiador pedir ao devedor que o libere da fiança, reembolsando-o da renda dentro de um prazo fixado pelo juiz. Justifica-se esta posição uma vez que a renda pode ser reembolsável. Agora, nas situações em que o fiador garantiu obrigações, como por exemplo a restituição de dote, não pode o fiador exigir a liberação, pois a natureza desta obrigação não a permite terminar antes do tempo fixado, na situação do fiador conhecer essa facticidade⁹¹⁸.

Por sua vez o *codice* no n.º 5 do art.º 1953º, refere-se às situações em que tenham decorrido cinco anos e a obrigação principal não tem um termo, desde que ela não seja de tal natureza que possa extinguir-se antes de um tempo determinado (*quando sono decorsi cinque anni, e l'obbligazione principale non ha un termine, purché essa non sia di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato*).

⁹¹⁶ Simler, Cautionnement, ob. cit., p. 481.

⁹¹⁷ Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 420, n. 433 e p. 422.

⁹¹⁸ Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 422.

Notoriamente o *codice* prevê um prazo de cinco anos, contrariamente aos códigos já analisados. Por este motivo, outros países seguindo a linha italiana alteraram os seus códigos, como acontece com o CC argentino (art.º 2025º) e o próprio CC português, tendo ambos seguido a dita orientação do direito italiano. Ora, a redução do prazo para cinco anos mostra-se razoável, pois desde logo o prazo de dez anos considerasse excessivamente longo e não corresponde com as necessidades do comércio jurídico.

Para Fragali, a primeira parte do n.º 5 do art.º 1953º do *codice* (*quando sono decorsi cinque anni, e l'obbligazione principale non ha un termine*) refere-se necessariamente a um termo fixo, começando o prazo de cinco anos a contar desde a data da constituição da garantia⁹¹⁹.

Por sua vez, no direito espanhol limitou-se o prazo para 10 anos como se verifica no n.º 5 do art.º 1843º do CCE: “*al cabo de diez años cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años*”. Notoriamente o legislador espanhol seguiu o estabelecido no n.º 5 do art.º 2032º do *code* e desviou-se do critério seguido nas Partidas, que assinalavam significativamente que se o fiador estivesse durante longo período a garantir determinada obrigação, a duração da garantia deveria ser determinada segundo o livre arbítrio do julgador, e caso tivesse sido constituída sem prazo fixo, podia o fiador exigir a sua liberação ao devedor principal findo o prazo de um ano. Este mesmo prazo constava do Anteprojecto do CCE de 1851⁹²⁰.

Para Scaevola, o fundamento da norma se funda na excessiva duração da obrigação principal que conduz a uma vinculação considerada gravosa para o fiador⁹²¹. Do ponto de vista de José Manresa, a justificação deste preceito assenta no facto de a obrigação do fiador não poder ser incerta e indefinida, chegando a ficar permanentemente dependente das estipulações do contrato celebrado. Por essa razão, todos os códigos reconhecem que o transcurso de determinado tempo, constitui causa bastante para facultar ao fiador o direito à liberação⁹²². Com uma posição diferente Guilarte Zapatero aponta: se a finalidade é, por um lado, evitar uma vinculação excessivamente prolongada no tempo, esta justificação não é totalmente exacta se se

⁹¹⁹ Neste sentido, Fragali, *Commentario*, ob. cit., pp. 430-431.

⁹²⁰ Cfr. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV, ob. cit., p. 162; Guilarte Zapatero, *Comentario Al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., p. 314.

⁹²¹ Scaevola, *Código Civil*, t. XXVII, ob. cit., p. 651.

⁹²² José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, t. XIII, ob. cit., p. 440.

tiver em consideração que a prestação de caução não impede a continuidade do vínculo, mas sim provoca a obtenção de uma garantia para o fiador⁹²³. Por outro lado, faz ver o autor que o referido preceito se justifica na necessidade de harmonizar a doutrina geral das obrigações que não têm fixado prazo, com as consequências derivadas da própria natureza e finalidade da garantia prestada pelo fiador. Em tal sentido, o legislador considera imprópria a aplicação do critério previsto no art.º 1128º do CCE – *Si la obligación no señalar plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél* -, porquanto a acessoriedade da fiança não faculta ao garante o direito de recorrer ao tribunal a fim de que estes determinem o momento em que o devedor há de cumprir, ou seja, fixar a data de vencimento da obrigação principal; na verdade, tal representaria uma ingerência do fiador na relação entre devedor e credor de difícil justificação. Por isso deve optar-se, como sucede com outras legislações, pela fixação de um prazo no próprio preceito relativo a fiança, cujo transcurso habilita ao fiador a reagir contra o devedor para obter a sua liberação.

Discordando da posição de Guilarte quanto ao facto da prestação de caução não impedir a continuidade do vínculo, defende Carmen Arija que tanto o n.º 3 como o n.º 5 do art.º 1843º do CCE reclamam como consequência lógica a liberação do fiador e não a constituição de uma garantia a seu favor; por conseguinte, a acção deverá exercitar-se com esta finalidade e o devedor terá que liberar o fiador⁹²⁴. Porém, faz ainda ver a autora que o prazo de 10 anos estabelecido no preceito é excessivamente longo e não corresponde com as necessidades actuais do tráfego jurídico, pelo que seria necessário uma alteração legislativa de forma a diminuir-se para o limite de tempo de 5 anos, prazo adoptado pela maioria da legislação estrangeira⁹²⁵.

Por outro lado, para Guilarte Zapatero se pode deduzir do preceito que não procede a actuação do fiador se a obrigação afiançada é de duração indefinida mas limitada, ainda que tal limitação não venha determinada pelo transcurso de um prazo ou por data específica, mas antes por outras circunstâncias; o que não acontece no caso de obrigações indefinidas e ilimitadas⁹²⁶. Em sentido próximo, para Carmen Arija, se

⁹²³ Guilarte Zapatero, Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p. 313.

⁹²⁴ Cfr., Carmen Arija Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 105; no mesmo sentido Pérez Álvarez, Solidaridad, ob. cit., p. 266.

⁹²⁵ Carmen Arija Soutullo, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 106.

⁹²⁶ Guilarte Zapatero, Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p. 255.

excluem do preceito as obrigações que não têm termo fixo para o seu vencimento, por não estar determinado qualquer prazo. Também o mesmo sucede para as obrigações de carácter duradouro que objectivamente requeiram uma determinada duração temporal, no sentido dos direitos e obrigações das partes se tornarem efectivos, caso não haja prazo previamente fixado.

Verifica-se também, segundo aponta Guilarte Zapatero, que o n.º 5 do art.º 1843º do CCE não indica o início da contagem do prazo de 10 anos. Contudo, na visão do autor, seria mais razoável contar-se tal prazo desde a data de constituição da garantia e não da obrigação principal⁹²⁷.

Quanto à excepção levantada no n.º 5 do art.º 1843º do CCE (“... *a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años*”), determina que as acções estabelecidas no art.º 1843º do citado código não procedem já que se pressupõe que o fiador se obrigou com o conhecimento da possibilidade da fiança durar mais de 10 anos. A esse respeito, como assinala Pothier, o fiador sabia que as obrigações podem ter uma duração prolongada se consentiu a prestação da fiança, é porque conhecia este facto, ou pelo menos, devia conhecê-lo⁹²⁸.Efectivamente, o preceito se refere a obrigação principal afiançada que previsivelmente não deverá ser cumprida antes do prazo de 10 anos.

Por outro lado, também é lícito ao fiador puder dirigir-se contra o devedor principal quando a fiança seja onerosa; e neste sentido, o CCE não aponta qualquer excepção à aplicação do n.º 5 do art.º 1843º, como acontecia no art.º 1757º do Anteprojecto do CCE de 1851, quando dispõe que: “ *el fiador por título oneroso no puede aprovecharse de la disposición de ese número 6*”. Para García Goyena, justificava-se esta excepção, que por sinal não se encontra prevista em outras legislações. Assim, a fiança gratuita, como acto de beneficência a favor do devedor principal, deve ser mais favorecida que a prestada onerosamente, já que esta última resulta um benefício ou utilidade para o fiador⁹²⁹.

Notoriamente este tratamento diferenciado, entre fiança prestada gratuita ou onerosamente, não foi acolhido pelo CCE, apesar de se reconhecer expressamente no

⁹²⁷ Guilarte Zapatero, Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit., p. 314.

⁹²⁸ Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 420.

⁹²⁹ García Goyena, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, t. IV, ob. cit., p. 163.

art.º 1823º do CCE a possibilidade da fiança puder ser prestada a título oneroso ou gratuito.

Enquanto isso, o Brasil decidiu respirar novos ares e aproveitando as alterações realizadas recentemente ao seu CC, também promoveu mudanças no tocante a esta matéria, conforme se verifica no seu art.º 835º ao estatuir: “ *O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança durante sessenta dias, após a notificação ao credor*”. Assim, caso a fiança não tenha limite temporal, isto é, vigorar por prazo indeterminado, poderá o fiador dela se exonerar se assim o convier. Notoriamente a redacção dada a este preceito CCB de 2002 difere do previsto no art.º 1500º do CCB de 1916, que exigia a anuência do afiançado ou decisão judicial. Para tanto: “*o fiador poderá exonerar-se da fiança, que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar*”.

Entretanto como vê o nosso actual CC tal situação?

Na certa, dúvidas não subsistem que a nova composição permite que a fiança prestada por escrito, com duração indeterminada, possa ser exonerada mediante simples notificação ao credor. O que desde logo se revela benéfico para o fiador. Todavia, não nos parece que seja prejudicial ao credor ou ao devedor, visto que lhes é concedido prazo razoável para encontrarem novo garante que assegure o cumprimento da obrigação principal. A título de comparação, constata-se que a doutrina brasileira corrobora desse ponto de vista ao considerar que a fiança concedida sem limitação de tempo, enseja ao fiador a faculdade de se desvincular da garantia quando lhe convier, uma vez que não é prestada com carácter perpétuo; no entanto, o garante deve conferir um período de sessenta dias, determinado pelo legislador, para que o devedor constitua novo fiador⁹³⁰.

No tocante ao direito nacional, a al. e) do art.º 648º permite ao fiador exigir a sua liberação se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes. Efectivamente este preceito tem correspondência, embora com algumas alterações, com o previsto no n.º 6 do art.º 844º do CS que determinava a possibilidade do fiador poder antes de haver

⁹³⁰ Sobre o assunto já nos pronunciamos com maior profundidade na p. 166 e ss., do nosso estudo.

pago, exigir que o devedor pagasse a dívida ou o desonerasse da fiança “ *se houvessem decorrido dez anos, não tendo a obrigação principal termo prefixo, e o fiador o não for por título oneroso*”. Sobre a razão de ser deste preceito, afirmava Vaz Serra ser de admitir o direito a liberação do fiador quando tenha decorrido certo prazo e a obrigação principal não tenha um termo. Porquanto, se a obrigação tem um termo, o fiador sabe se não limitou a fiança, esta dura tanto como a obrigação principal, e se aquela obrigação não tem um termo, não é razoável que o fiador tenha de se sujeitar indefinidamente ao encargo da fiança com os inerentes riscos. Do ponto de vista do autor, o credor não fica prejudicado com a liberação, pois o direito do fiador existe contra o devedor principal, efectivamente, este é que tem a obrigação de desvincular o fiador de uma obrigação que já se estendeu por longo período de tempo⁹³¹.

Januário da Costa Gomes, por seu lado, sustenta que a razão de ser deste preceito é clara e harmoniza-se aparentemente com as soluções estabelecidas nos arts. 654º e 655º a nível das relações externas. Na situação, “*pretende-se que, não tendo sido fixado um termo para a obrigação principal, que delimite a perdurabilidade da fiança, o fiador possa forçar o devedor a liberá-lo de modo a não ficar indefinidamente vinculado*”⁹³².

Entretanto, a situação agudizasse na eventualidade da obrigação principal estar sujeita a um termo incerto, como por exemplo, no caso de uma renda vitalícia. Mas levantam-se dúvidas se pelo facto de estar previsto que a obrigação principal não tem termo, se estamos diante de um termo designado por certo dia, ou de um termo incerto.

No domínio do CS, explicou Guilherme Moreira que o termo prefixado que alude o n.º 6 do art.º 844º, não tem necessariamente de ser estabelecido com a designação do dia, mês e ano, podendo tratar-se de termo existente numa obrigação de duração temporária mas indefinida, como o usufruto ou renda vitalícia⁹³³. Faz ainda ver o referido autor que como esta posição já era defendida por Coelho da Rocha, que apontava a situação da tutela “*e é a que resulta da própria vontade das partes, pois que, devendo subsistir a obrigação principal até que se dê um determinado facto, embora seja incerto o momento em que este se verifique, é de presumir que a obrigação acessória de fiança se constitua nas mesmas condições. E o n.º 6 do art.º 844º não*

⁹³¹ Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 210.

⁹³² Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 863-864.

⁹³³ Veja-se, Guilherme Moreira, Instituições de Direito Civil, vol. II², ob. cit., p. 318.

*contraria esta doutrina, porque a palavra termo não envolve necessariamente a designação de dia, mês e ano. Pode prefixar-se como termo um facto que tenha de dar-se necessariamente, embora seja incerto o momento em que ela virá realizar-se*⁹³⁴. No mesmo sentido, Américo da Silva Carvalho defendia não se mostrar necessário que o termo aludido no art.º 844º do CS tenha sido estabelecido com a designação de dia, mês e ano. Deste modo, para a obrigação principal apresentar termo pré-fixado, basta que seja de duração limitada ainda que indefinida, como a obrigação de um tutor, de um marido pela restituição do dote a sua mulher, de um usufrutuário; mas se for de duração indefinida e ilimitada como uma renda perpétua, já não se pode entender que tem um termo pré-estabelecido. Assim, tendo a obrigação um termo ainda que não fixado antecipadamente, isso é, mostrar-se de duração limitada, não pode o fiador valer-se do disposto no art.º 844º. Faz ainda ver o autor, que esta é a doutrina que corresponde não só com espírito, mas também com a letra da lei, pois o termo tanto pode ser certo ou incerto. Com efeito, o termo é sempre um facto futuro e certo, mas certo no sentido de que não há dúvidas de que ocorrerá, mas o momento da sua verificação pode ser incerto⁹³⁵.

Notadamente, esta continua a ser a posição da doutrina maioritária, na qual Antunes Varela indica que a al. e) do art.º 648º exige que a obrigação não tenha um termo; tanto pode, tratar-se dum termo designado por certo dia, como dum termo incerto – usufruto ou renda vitalícia⁹³⁶. Porém, o termo prefixado foi substituído na actual redacção do CC pela expressão termo; todavia, a interpretação da doutrina maioritária mantém-se a mesma, isto é, a expressão termo prevista na al. e) do art.º 648º abarca tanto o termo certo como o incerto.

Para tanto, servimo-nos de um exemplo: se fiança for prestada para garantir uma renda vitalícia, pode estender-se por mais de cinco, mas tem um termo que tem necessariamente de ocorrer, embora seja incerto o momento em que ele se realizará. Assim, segundo aquela doutrina, o fiador não poderá exigir a sua liberação dado que a obrigação tem um termo, ainda que seja incerto o momento da sua verificação. Contudo, traçado o histórico dos entendimentos adoptados, manifestamos opinião contrária. Acolhendo a posição defendida por Fragali, parece-nos que o termo previsto na al. e) do art.º 648º refere-se inevitavelmente a termo certo, começando o prazo de cinco anos a

⁹³⁴ Veja-se, Guilherme Moreira, Instituições de Direito Civil, vol. II², ob. cit., p. 318.

⁹³⁵ Cfr. Américo da Silva Carvalho, Extinção da fiança, ob. cit., p. 181.

⁹³⁶ Veja-se, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, ob. cit., p. 665-666.

contar desde a data de constituição da garantia fidejussória e não a partir da data de constituição da obrigação principal⁹³⁷. Por outro lado, se a obrigação principal e a fiança não têm termo certo, aplicar-se-á a regra dos cinco anos prevista na alínea citada, pois mantém-se o princípio no qual o fiador ao constituir a fiança não pretende permanecer amarrado a esta indefinidamente; aliás nem mesmo em termos sensatos isso pode corresponder com a sua vontade efectiva.

Em suma, parece-nos mais sensata a escolha feita pelo legislador nacional ao optar pelo prazo de cinco anos. Além de que, revela-se mais vantajoso para fiador, visto assim mostrar-se melhor assegurada uma obrigação alheia. Pensa-se, portanto, que a excessiva duração da obrigação principal implica a continuidade de uma fiança mais gravosa para o fiador, quando a finalidade da norma vai no sentido, exactamente, de evitar essa vinculação excessiva. Assim, ao abrigo da al. e) do art.º 648º, caso tenham decorridos cinco anos e não tendo a obrigação principal um termo certo, o fiador pode libertar-se ou exigir do devedor a prestação de caução⁹³⁸; porém, mesmo que a obrigação principal não tenha termo, mas houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes, o fiador poderá libertar-se decorridos esses cinco anos.

Entretanto, não se deixa de questionar se não existem excepções a aplicação desta alínea.

Ora, verifica-se que as acções previstas no art.º 648º não se aplicam aos casos nos quais o fiador se obrigou com conhecimento de que a obrigação principal durará mais de cinco anos. Assim, se o fiador ao prestar a garantia e souber que a obrigação principal é de longa duração, porém mesmo assim não fixa prazo mais curto para a fiança, é porque a aceitou nestes termos, não podendo nesta situação aplicar-se o previsto na al. e) do art.º 648º⁹³⁹. No entanto, o cenário altera-se na eventualidade de se chegar a conclusão que, pela natureza da obrigação afiançada o devedor pretendeu mesmo que a fiança fosse prestada por tempo indeterminado, subtraindo ao fiador a possibilidade de denúncia unilateral. Nestas situações, segundo explica – e bem – Januário da Costa Gomes, “ *não só a fiança deve ser tratada como fiança por tempo indeterminado, a nível das relações externas, como passa a ser aplicável a al. e) do*

⁹³⁷ Veja-se, Fragali, Commentario, ob. cit., p. 431 e ss.; no mesmo sentido Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 865 e 866.

⁹³⁸ Cfr. Ac. da RL de 5 de Maio de 2011, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 18 de Dezembro de 2017.

⁹³⁹ Neste sentido, veja-se Pothier, Tratado das Obrigações, ob. cit., p. 420.

art.º 648”⁹⁴⁰. Por sua vez, tratando-se de obrigação principal com termo ou sem termo, julga-se que a partir do momento que a duração da vinculação fidejussória for pactuada entre o garante e o credor, em sede das relações externas, não será justo para com o credor que se aplique os prazos previstos na alínea atrás mencionada; nestas situações a fiança caduca pelo decurso do prazo estabelecido. Mas ao lado disso, como também não podia deixar de ser, se o fiador tiver pactuado com o devedor que presta a garantia pelo prazo inicial e um número certo de prorrogações, podemos afirmar sem medo de errar que nestas condições também não é aplicável a al. e) do art.º 648. Resultante disso, reconhecemos a caducidade da fiança por extrapolar o prazo ajustado⁹⁴¹.

Entretanto, por último, não se deixa de equacionar se a fiança prestada a título oneroso, quando a obrigação principal não tenha termo certo, permite ao garante exigir do devedor sua liberação decorridos os cinco anos.

Pois bem, é certo que a fiança quando gratuita normalmente é vista como um acto de filantropia a favor do devedor. No entanto, deve ser digna de maior protecção do que a prestada por profissionais que fazem disto o seu labor e têm plena consciência dos riscos de tão delicada garantia, pois neste caso sempre resulta benefícios para o fiador. Assim, apesar de não resultar do nosso código que a fiança prestada a título oneroso é digna de menor protecção do que a prestada gratuitamente, a nosso ver, é porque os riscos da fiança foram previamente avaliados na fiança prestada por profissionais, quando a obrigação principal não tem termo certo, não sendo justo poderem estes valerem-se do disposto na al. e) do art.º 648º para se desvincularem do contrato de fiança. E sobre a questão fez ver Januário da Costa Gomes, que a única excepção admissível com a *ratio* da al. e), é admitir a sua não aplicação tratando-se de termonão fixado previamente, quando o prestador seja profissional, nomeadamente um banco, uma vez que os riscos da fiança são previamente valorados⁹⁴².

4.Quando a Dívida se Torna Exigível Pelo Vencimento do Prazo

I - Embora esta causa de liberação já não se encontre presente no actual CC, pensamos nós que não será descabido abordá-la neste estudo, até porque integrou anteriores legislações.

⁹⁴⁰ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 864.

⁹⁴¹ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 863-864.

⁹⁴² Cfr., Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 865-866.

O *code* estabelece no n.º 4 do art.º 2032º a situação da dívida se tornar exigível pelo vencimento do prazo. No mesmo sentido o fez o *codice* no seu n.º 4 do art.º 1953º. Em ambos os códigos mostra-se possível ao fiador exigir a sua liberação, verificado o vencimento da obrigação principal.

Discute-se, por sua vez, na doutrina francesa o caso da inactividade do credor em não exigir o cumprimento da obrigação principal ao devedor depois desta se encontrar vencida. Para Laurent, tal situação representa uma prorrogação a favor do devedor, que pode até favorecê-lo; porém também pode ser prejudicial para o fiador, pois o mantém numa situação de incerteza perante os procedimentos que podem ser levados a cabo pelo credor contra si, como o perigo de insolvência do devedor⁹⁴³. Para Simler, o art.º 2039º conjugado com o n.º 4 do art.º 2032º do *code* permite concluir que a não exigência do cumprimento pelo credor, nada mais é que uma forma indirecta de prorrogação do término inicialmente estabelecido para cumprimento da obrigação principal. Porém, em ambos os preceitos legais o fiador pode dirigir-se ao devedor a exortá-lo ao pagamento da dívida⁹⁴⁴.

Já no direito italiano, o *codice* estabelece no art.º 1857º que, no caso do fiador limitar expressamente a fiança com o mesmo tempo da obrigação principal, o credor deve exigir o cumprimento da obrigação ao devedor principal no prazo de dois meses. Em qualquer outro caso, deve fazê-lo antes dos seis meses. Na eventualidade destes prazos não serem respeitados, o fiador considera-se desvinculado da sua obrigação⁹⁴⁵.

Em termos coincidentes, o n.º 4 do art.º 1843º do CCE não deixou de prever a possibilidade do fiador, antes de pagar, reagir contra o devedor principal “*Cuando la deuda ha llegado ha hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse*”. Porém, note-se que tal previsão não existia nos anteriores códigos espanhóis, sendo uma clara influência do Direito francês. Sobre o articulado se pronuncia Carmen Arija para quem, a razão de ser deste preceito se justifica pelo facto de que uma vez vencida a obrigação afiançada, torna-se iminente a possibilidade do fiador ter de cumprir a obrigação fidejussória. Desta forma, é lógico que se faculte ao fiador o direito de exigir a sua liberação, até porque o afiançado pode encontrar-se em situação de insolvência, o que tornará difícil a concretização do direito de regresso do

⁹⁴³ Cfr., Laurent Aynès, *Principes de Droit civil français*, ob. cit., pp. 231-232

⁹⁴⁴ Cfr., Simler, *Cautionnement*, ob. cit., p. 481.

⁹⁴⁵ Fragali, *Della fideiussione*, ob. cit., p. 493 e ss.; Ravazzoni, *Fideiussione*, ob. cit., p. 289.

fiador, na eventualidade de ter de cumprir a obrigação⁹⁴⁶. Por outro lado, faz ver a autora que na realidade o referido pressuposto deveria considerar-se enquadrado no n.º 1 do art.º 1843º do CCE - *Cuando se ve demandado judicialmente para el pago* - uma vez que pressupõe o vencimento da obrigação principal. Nestes termos, o garante só pode ser demandado judicialmente quando a obrigação principal se encontre vencida.

Para Guilarte Zapatero, a situação de perigo para o fiador não desencadeia do vencimento da obrigação principal, mas antes pela inércia do credor em não exigir o cumprimento pelo devedor principal depois desta se tornar exigível. Esta inactividade que não é consentida pelo fiador é normalmente prejudicial para este, pois mantém-no em uma situação de incerteza e com dupla ameaça, consistente por um lado, na futura reclamação do credor ao fiador e, por outro lado, na possível insolvência do devedor no momento em que o fiador pretenda exercer a acção de regresso. Além disso, faz ainda ver o autor, que esta norma também se aplica as situações em que o vencimento da obrigação se encontra dependente de uma condição suspensiva e, verificada a condição, a obrigação passa a ser exigível; esta situação agrava-se para o fiador se tivermos em conta o facto de não poder opor o benefício da excussão, com os efeitos estabelecidos no art.º 1833º do CCE, até que o cumprimento seja exigido pelo credor⁹⁴⁷.

Assim, o vencimento da obrigação principal autoriza o fiador a demandar o devedor para que este o libere da fiança; porém é óbvio que o pedido de desvinculação constitui uma forma de pressionar o devedor a cumprir a obrigação a favor do credor.

Para Anna Casanovas, o fiador pode também, nestas circunstâncias, dirigir-se ao credor para colocar-lhe em mora e fazê-lo responsável por uma posterior insolvência do devedor (art.º 1833º do CCE), uma possibilidade não reconhecida pelo CCE, mas contemplada no n.º 5 do art.º 1757º do Anteprojecto de 1851⁹⁴⁸. Contra esta posição encontramos García Goyena, para quem, apesar de ser uma medida acertada, não foi adoptada pelo CCE, pelo que não parece razoável que o fiador possa constituir em mora o credor quando este não reclame o pagamento ao devedor principal uma vez vencida a obrigação principal. Nestes termos, a inércia do credor que não exige o pagamento da dívida vencida, não permite que se aplique o art.º 1833º do CCE, preceito que pressupõe que o fiador oponha ao credor o benefício da excussão depois de ser demandado para

⁹⁴⁶ Cfr., Carmen Arijá Soutullo, *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, ob. cit., p. 80.

⁹⁴⁷ Veja-se, Guilarte Zapatero, *Comentarios*, ob. cit., p. 312.

⁹⁴⁸ Veja-se, Anna Casanovas Mussons, *La Relación Obligatoria de Fianza*, ob. cit., pp. 201-202.

cumprir a obrigação⁹⁴⁹. Questão distinta será a actuação do credor no sentido de conceder uma prorrogação tácita ao devedor, conforme estabelecido no art.º 1851º do CCE (*La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza*), na qual resulta a extinção da garantia. Pode nesta situação considerar-se como a concessão de um novo prazo ao devedor para cumprir a obrigação, de modo a que o credor fica impossibilitado de actuar contra este para reclamar o pagamento, antes que se vença o novo prazo, apesar de decorrido o prazo inicialmente estabelecido⁹⁵⁰.

Em conclusão, a exigibilidade da obrigação principal faculta ao fiador o direito de exercitar contra o devedor as acções estabelecidas no art.º 1843º do CCE; porém, a inércia do credor não permite ao fiador dirigir-se a esse para o constituir em mora, nem alegar a extinção da garantia. Desta forma, o único recurso que tem o fiador perante a inactividade do credor é mesmo o exercício das acções do art.º 1843º do CCE⁹⁵¹.

Como já referido, o CC português não dispõe de preceito semelhante, ao contrário do CS que determinava no n.º 5 do art.º 844º a possibilidade de o fiador, ainda antes de ter pago, exigir que o devedor pagasse a dívida ou o desonerasse da fiança se a dívida se tornasse exigível pelo vencimento do prazo. Apesar de suprido o n.º 5 do art.º 844º do CS das causas de liberação no actual CC, em compensação passou tal matéria a integrar o art.º 652º, que trata das relações entre fiador e credor, a possibilidade de o fiador que goza do benefício da excussão poder exigir, vencida a obrigação, que o credor proceda contra o devedor dentro de dois meses, a contar do vencimento, sob pena de a fiança caducar. Para Januário da Costa Gomes, o legislador foi infeliz ao eliminar o vencimento ou a mora como fundamento específico da liberação do fiador e decidiu limitar no art.º 652º a relevância do vencimento como ponto de partida para a intimação cominatória aos casos em que o fiador goze do benefício da excussão⁹⁵². À vista do exposto, similarmente à situação anterior na qual ficou bem vincado que o fiador não pode invocar o benefício da excussão, caso o devedor não possa ser demandado ou executado no território nacional e ilhas adjacentes, nota-se que o mesmo pressuposto constitui, apenas por coincidência, também causa de liberação do fiador. Contudo, parece-nos que ainda nesta situação era possível ao legislador delimitar os territórios e

⁹⁴⁹ García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV, ob. cit., p. 166.

⁹⁵⁰ Veja-se, Guilarte Zapatero, *Comentarios*, ob. cit., p. 1850.

⁹⁵¹ Cfr. Díez Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, ob. cit., p. 457.

⁹⁵² Cfr. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., p. 867.

manter o mesmo fundamento dos dois lados, como aliás sempre foi; ou seja, separar as causas da extinção da fiança das causas de liberação, como bem o fez. Todavia, manteve esse mesmo fundamento tanto no âmbito das relações entre devedor e fiador, como deste último com o credor. Na verdade foi o que aconteceu.

Por via de consequência, e ao contrário do estabelecido nas legislações anteriores, foi retirado ao fiador que gozava do benefício da excussão a possibilidade de, vencida a obrigação, exigir do devedor a sua liberação, bem assim a possibilidade de exigir do credor a interpelação do devedor, sob pena de extinção da fiança. Justamente por isso, bem afirma Dias Ferreira, que a vontade do fiador libertar-se com maior celeridade do encargo da garantia fidejussória, de maneira a evitar a responsabilidade dos juros que vão correndo, não mereceu consideração do actual CC⁹⁵³. Quer-se com isso demonstrar que o CC de 1966 retirou ao fiador solidário de obrigação vencida, não só a possibilidade de exigir do devedor a sua liberação ou a prestação de caução, como a possibilidade de intimar o credor para agir contra o devedor sob cominação de extinção da fiança. Notoriamente constitui uma medida gravosa para o fiador.

II - No decurso deste mesmo assunto, arrisca-se agora equacionar se o pressuposto abolido estará implícito em alguma das alíneas do n.º 1 do art.º 648º.

Desde logo, excluiu-se as alíneas c), d) e e) do art.º 648º que visivelmente não se ajustam ao pretendido. E, da mesma forma, não parece de acolher a al. a), dado que exige sentença exequível. Entretanto, Januário Gomes de modo explícito arrisca enquadrar a mora do devedor na al. b) do art.º 648º⁹⁵⁴. Ora, parece-nos que se apresenta uma correcta opção; isso porque uma vez não cumprida pelo devedor a sua obrigação quando o deveria fazer, periga a posição do fiador que se vê, naturalmente, em posição de ter de a cumprir. No entanto, aquando do seu direito de regresso, pode não conseguir reaver do devedor o que pagou ao credor ou no mínimo terá sérias dificuldades em o fazer. Assim, claramente estamos diante de um agravamento sensível dos riscos da fiança, na qual o garante fica mesmo em posição de afirmar que se fossem essas as circunstâncias iniciais, nunca teria aceite afiançar o devedor principal. Parece-nos, em razão disso, que isso deriva da elasticidade do disposto nesta alínea a permitir enquadrar diversas situações. Por conta disso, e sem pestanejar, repetimos, somos de aderir a posição tomada por Januário da Costa Gomes.

⁹⁵³ Dias Ferreira, Código Civil Annotado, vol. II, ob. cit., p. 125.

⁹⁵⁴ Veja-se, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 868.

5. O Direito à Liberação do Subfiador

I – Elucida-nos o art.º 630º do CC que o subfiador é aquele que afiança o fiador perante o credor. Entretanto, o art.º 827º do CS já previa situação semelhante ao determinar que: “ *Podem uma ou mais pessoas responsabilizar-se pela solvabilidade do fiador. A este facto chama-se abonação*”⁹⁵⁵. Repare-se, no entanto, que o legislador de 1867 dedicava especial cuidado a figura da abonação, tendo inclusive determinado que a sua constituição devia obedecer a um conjunto de requisitos específicos, nomeadamente, ser elaborada em termos claros, expressos e positivos (art.º 828º do CS)^{956 957}.

Assim, parece-nos que foi Vaz Serra o mentor do afastamento do termo abonação, ao substituir tal expressão pela palavra subfiança no seu Anteprojecto, justificando que, em rigor, também o fiador primário é um abonador ⁹⁵⁸. Nestes termos, escreveu este autor que é subfiador aquele, que obrigando-se pessoalmente para com o credor, garante o resultado de ser cumprida a obrigação do fiador (n.º 1 do art.º 2º do seu articulado). Em semelhante linha de pensamento, Antunes Varela considerou que palavra subfiança acaba por ser mais expressiva que abonação, já que o fiador também é um abonador do devedor ⁹⁵⁹. Januário da Costa Gomes, pelo contrário, sustenta que o legislador foi infeliz em tal substituição, não só porque a palavra abonação tinha por si uma forte carga sugestiva, sendo já utilizada no Código de 1867 para distinguir o fiador do subfiador, mas também porque a expressão subfiança quando utilizada no sentido previsto no art.º 630º é tecnicamente incorrecta⁹⁶⁰.

Cabe tomar posição neste debate. Entende-se claramente que o subfiador ou abonador têm como função garantir ao credor o cumprimento do fiador. Tal é possível, porque nada impede que exista uma cadeia de fianças e subfianças numa relação

⁹⁵⁵ Ver mais sobre esta figura em Paulo Cunha, na qual dizia que o abonador não era um fiador em segundo grau da obrigação principal como acontecia no art.º 825º do CS ao determinar que “ *se o fiador prestado mudar de fortuna, de forma que haja risco de insolvência, poderá o credor exigir outro fiador*”. Veja-se, Da Garantia nas Obrigações, vol. II, ob. cit., p. 81 e ss.

⁹⁵⁶ Considerava a maioria da doutrina daquela época que a fiança também deveria ser prestada em termos claros, expressivos e positivos.

⁹⁵⁷ Humberto Lopes, já chamava a atenção sobre este assunto, na qual dizia que a figura da abonação é diferente da co-fiança, pois o abonador não é um novo fiador do devedor principal, mas sim um fiador do fiador, por essa razão o direito espanhol denomina esta figura de subfiança. Veja-se, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 276.

⁹⁵⁸ Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., pp. 28 e 290.

⁹⁵⁹ Veja-se, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. I, ob. cit., p.647.

⁹⁶⁰ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 1102 e 1103.

sucessiva, particularmente para garantir o direito do credor. Logo, se o fiador da obrigação principal não cumprir o que está obrigado, o credor pode exigir o cumprimento ao subfiador, já que este veio assegurar pessoalmente com o seu património o cumprimento do fiador afiançado. Portanto, a subfiança não é nada mais nada menos do que uma nova fiança e, por essa razão, deve seguir o regime previsto para a fiança, salvo previsão em contrário na lei. Justamente por isso, não se pode entender a subfiança como um sub-contrato⁹⁶¹, por se mostrar inconciliável com contratos de garantia, dado a ausência de carácter de sobreposição. Além disso, o fiador “intermediário” que participa de ambos os contratos teria de assumir no subcontrato o papel de credor, o que não acontece na subfiança. Efectivamente, o credor do contrato de subfiança é também o credor do contrato de fiança. Além do mais, a subfiança pode ser constituída sem o consentimento do fiador ou contra a sua vontade, o que não pode acontecer na figura do subcontrato.

II – Por outro lado, nunca é demais dizer que esta questão tem trazido acesas controvérsias no direito espanhol. Isto porque, segundo explica Domínguez Lalaguna, a subfiança não dispõe de um perfil claro no CCE, pois aparece mencionada em diversos preceitos referentes a fiança, não dispondo de configuração e estrutura própria à semelhança de outras figuras da fiança^{962 963}.

Mas note-se, parece-nos que todo este alvoroço se inicia pela possibilidade de se poder constituir a fiança “*no sólo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste*”⁹⁶⁴ (segundo parágrafo do art.º 1823º do CCE).

Sustentada nesta previsão, a doutrina maioritária é apologista que o subfiador é um fiador do fiador. Assim considera, baseado no facto de a subfiança ser uma fiança

⁹⁶¹ Cfr., Pedro Romano Martinez, O Subcontrato, Almedina, Coimbra (reimpressão da edição de 1989), 2006, p. 47; Veja-se também neste sentido Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coords.), Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 308.

⁹⁶² Veja-se, E. Domínguez Lalaguna, Voz Pago, “Nueva Enciclopedia Jurídica”, t. XVIII, Barcelona, 1986, p. 774.

⁹⁶³ Alguns códigos chegam mesmo a abster-se de ditar normas especiais para a subfiança por considerarem que ela também é uma fiança. Neste sentido, o CC italiano limita-se a determinar que a fiança pode ser prestada assim pelo devedor principal, como pelo seu fiador “*La fideiussione può essere prestata così per il debitore principale, come per il suo fideiussor*”, art.º 1940. E, posteriormente, apenas dispõe no art.º 1948º a responsabilidade do fiador do fiador: “*Il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori di questo siano insolventi, o siano liberati perche incapaci*”.

⁹⁶⁴ A fiança pode constituir-se não só a favor do devedor principal, mas também de outro fiador, consentindo, ignorando ou mesmo contradizendo-o.

que garante a obrigação acessória de um fiador⁹⁶⁵. No entanto, em posição oposta⁹⁶⁶, outra vertente da doutrina defende que o contrato de subfiança, mostra-se contrário daquilo que parece, pois não é um contrato celebrado em benefício do fiador afiançado, mas sim em benefício do credor e do devedor principal e, por consequência, pode inclusivamente ser constituído contra a vontade do fiador.

Ainda outra linha de pensamento mas minoritária⁹⁶⁷, esforça-se por defender a tese segundo a qual o subfiador é um fiador do devedor, já que tal contrato pode constituir-se nos moldes indicados no referido art.º 1823º do CCE não só a favor do devedor principal, mas também a favor de outro fiador. E sustenta de seguida, que nesta norma existe a possibilidade do subfiador garantir a obrigação do fiador quando tal seja convencionado, mas por acordo entre o subfiador e o devedor, já que o citado preceito permite a constituição da subfiança a favor do fiador mesmo contra a sua vontade ou desconhecimento. Continuando, afirma ainda um dos defensores desta teoria, Lalaguna, que um dos argumentos que justifica a tese de que a subfiança garante também a dívida principal e não só a obrigação acessória do devedor, constitui o benefício da excussão que o art.º 1836º do CCE confere ao subfiador. Segundo este preceito, o subfiador goza deste benefício não só em relação ao fiador como também em relação ao devedor principal.

Além disso, considera esta doutrina minoritária⁹⁶⁸ que, em princípio, o subfiador é um segundo fiador do devedor principal, não sendo simplesmente um fiador do fiador, ainda que se possa pactuar, nos termos do art.º 1823º do CCE, como apenas um vulgar fiador do fiador. Mas na prática, o subfiador será outro sujeito a garantir a mesma dívida ao mesmo devedor principal, porém junto de um outro sujeito que também garante a obrigação principal, ficando aquele situado num plano distinto de responsabilidade frente ao devedor, a configurar assim uma situação de pluralidade de fiadores que não se confunde com a co-fiança.

Já entre nós se foi mais longe. Por essa razão, não se abre lugar discussões a este respeito, justamente por se deixar bem claro no art.º 630º que o subfiador é aquele que

⁹⁶⁵ Veja-se neste sentido, F. Ramon Bonet, *Derecho Civil Común y Foral*, t. II, Madrid, 1940, p. 189; Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, ob. cit., p. 614; Guilarte, *Comentario a los artículos 1822-1886*, ob. cit., p. 67.

⁹⁶⁶ A. de Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Parte Geral. *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1977, p. 487.

⁹⁶⁷ Veja-se, Lalaguna, *Voz Pago*, “*Nueva Enciclopedia Jurídica*”, ob. cit., p. 774.

⁹⁶⁸ Veja-se, Josefina Alventosa Del Río, *La Fianza*, ob. cit., p. 240.

afiança o fiador perante o credor. Assim sendo, não restam dúvidas que a subfiança é uma fiança, cuja particularidade reside no facto do devedor principal ser também o fiador. Logo, na subfiança existe um credor com três devedores, um é o devedor principal cujo cumprimento da obrigação é assegurado por um fiador e este, por sua vez, também é afiançado por um subfiador que garante o cumprimento pelo fiador.

Desse modo, o fiador e o subfiador não respondem ao mesmo tempo perante o credor, mas sim sucessivamente. Por todas estas razões, chegamos a mesma conclusão de Januário da Costa Gomes, ao explicar que a prestação do subfiador é moldada, a final, pela prestação do devedor, ainda que “mediada” pela prestação do fiador⁹⁶⁹.

Devemos ainda acrescentar que o AUOG da OHADA vai também no mesmo sentido, quando estabelece no seu art.º 11º que o subfiador garante, perante o credor, a solvabilidade do fiador.

III - Chegados a este ponto, a grande questão que se coloca é de saber se as causas de liberação ou prestação de caução enunciadas no art.º 648º para se aplicarem ao subfiador, têm de se verificar cumulativamente em relação ao fiador e ao devedor, ou no mínimo, ao fiador ou ao devedor.

Ora, foi já por nós referido que o subfiador está sujeito ao regime geral da fiança, excepto em certas situações nos quais o CC estabelece um regime especial, como o preceituado no art.º 643º e no n.º 4 do art.º 650º. No entanto, também vimos que o art.º 630º do CC declara expressamente que o subfiador garante, perante o credor, a solvabilidade do fiador. A ser assim, nada mais óbvio que seja primeiro feita uma análise da existência ou não do direito à liberação do fiador, no âmbito das relações credor, fiador e subfiador, dado que este responde perante o credor.

Neste contexto, parece-nos não existir qualquer entrave à aplicação do art.º 648º, com as necessárias adaptações, à figura do subfiador. Por ser assim, pensamos que o subfiador pode exigir do fiador a sua liberação ou a prestação de caução nas hipóteses seguintes: a) Se o credor obtiver sentença executável contra o subfiador; b) Se os riscos da subfiança se agravarem sensivelmente; c) Se, após a assunção da subfiança, o fiador não puder ser demandado ou executado no território continental ou das ilhas adjacentes; d) Se o fiador se houver comprometido a desonerar o subfiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento

⁹⁶⁹ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 1102.

previsto; e) Se houverem decorrido cinco anos após a constituição da subfiança, não tendo a obrigação de fiança um termo isto é nos termos da al. e) do art.º 648º do CC. Note-se, entretanto, que a referência feita a estes requisitos se aplicam à subfiança, com os devidos ajustes.

IV – Agora, diante dos argumentos efectuados, será possível perspectivamos o direito à liberação do subfiador na relação fiador-devedor⁹⁷⁰?

Ora, considerando que a obrigação do subfiador está para a do fiador como a deste para a obrigação principal, não se vislumbra anormal que a relação entre o devedor-fiador possa influenciar a posição do subfiador. Por essa razão, não é descabido questionar se os pressupostos do direito à liberação na relação entre fiador e devedor podem, de alguma forma, beneficiar o subfiador. Desde logo, constitui facto assente que este direito à liberação do subfiador, nestas circunstâncias, não se molda com tanta naturalidade como na relação credor-fiador-subfiador.

A ser assim, quando no âmbito da relação devedor-fiador resulte um agravamento sensível da subfiança, nos termos previstos na al. b) do art.º 648º, é passível, nestas situações, do subfiador exigir à sua liberação. Em relação aos pressupostos determinados nas al. (s) a), c) e e) do citado preceito, pensamos que estes só gozam de um papel relevante na medida em que a sua ocorrência seja susceptível, ainda que indirectamente, de agravar substancialmente as condições económicas do subfiador. Por último, debruçemo-nos sobre a al. d) do art.º 648º. Relacionado com este preceito, e socorrendo da doutrina espanhola⁹⁷¹. Nela se defende que se o devedor se tiver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo e este acordo teve o conhecimento do subfiador aquando da prestação da subfiança, a não desoneração do fiador implica que o subfiador passe a recluir, fundada e objectivamente, que irá ser chamado a cumprir. Desse modo está-se perante um agravamento sensível dos riscos da subfiança, já que o subfiador contava com a sua extinção no prazo acordado. A ser assim, nada mais óbvio que, nestas circunstâncias, se permitir o subfiador exigir a sua liberação. Por via de tudo isso, consideramos a argumentação procedente e aplicável entre nós.

⁹⁷⁰ Analisada a questão por Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 872 - 873.

⁹⁷¹ Veja-se, Guilarte Zapatero, Comentarios, ob. cit., p. 223; e também neste sentido Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 873.

CAPÍTULO V

O DIREITO À LIBERAÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE DE SUBROGAÇÃO

1. O direito de regresso e a sub-rogação

1.1. Origem histórica

I – Como inicial referência, devemos dizer que estas duas figuras têm antecedentes na Roma Antiga. No entanto, constitui facto assente que o direito de regresso do fiador contra o devedor foi matéria pouco elaborada por aqueles tempos. Então o que se conhece de concreto sobre este direito?

Ora, sabe-se que a respeito do garante adimplente não lhe era concedido, num primeiro momento e enquanto tal, uma acção de regresso contra o principal devedor. Simplesmente e para contrariar a situação iníqua em que ficava o fiador ao satisfazer os direitos do credor, entenderam os jurisprudentes romanos que o mais certo passava por outorgar-lhe *actiones*, no interesse de ele reagir contra o primitivo devedor e reaver o montante pago⁹⁷². Nestes termos, o direito de regresso estreou-se com a *Lex Publilia*⁹⁷³, ao determinar que uma vez satisfeita a dívida por um dos *sponsores*, podia este rever do devedor primitivo, no prazo de 6 meses, a obrigação prestada ao credor. De contrário, havia possibilidade de se socorrer directamente, sem necessidade de sentença, a *manus iniectio pro iudicacto*⁹⁷⁴. Posteriormente, estabeleceu-se o processo ordinário por *depensum* perante o juiz. Por esta via, o *sponsor* que cumprisse a obrigação e não fosse recompensado no prazo de 6 meses, podia agir contra o devedor primário com base na *actio depensi* e obter o dobro do pagamento⁹⁷⁵. Contudo, os testemunhos de Gaio atestam que para além deste regime de direito de regresso mais conservador, existiu outro, que conferia ao *fidepromissor* e o *fideiussor*, na hipótese de se terem obrigado

⁹⁷² O *Ius Romanum* é sustentado num sistema de concessão de acções. A *actio* é o conceito basilar do Direito romano, caracterizado por ser um conceito dinâmico, ao passo que o *Ius* (direito subjectivo) é de criação ulterior e qualifica-se como um conceito estático. Sobre este assunto, veja-se Alvaro D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, ob. cit., p. 22 e ss..

⁹⁷³ Surgiu provavelmente em meados do século IV a.C., cfr., Alvaro D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, ob. cit., p. 24.

⁹⁷⁴ Para mais desenvolvimentos sobre esta figura, veja-se Sebastião Cruz, *Direito Romano*, ob. cit., p. 195 nota 223.

⁹⁷⁵ A *actio depensi* desaparece no direito pós-clássico, bem como a *sponsio*. Cfr. Sebastião Cruz, *Direito Romano*, ob. cit., p. 195.

por mandato do devedor principal e pagarem a dívida, a possibilidade de exigirem deste a restituição do montante liquidado com base na *actio mandati contraria*⁹⁷⁶. Nestes casos, todavia, não se estava perante uma típica acção de regresso, como já deixamos claro. No entanto, julgamos não ser despidiendo salientar que na época clássica o dever de compensação estava assente na relação concreta entre devedor e fiador, despida de qualquer qualificação jurídica. Colocados nestes termos, tudo faz ver que se estava diante de uma figura criada pelos juristas clássicos para a qual o fiador, perante o seu justo empobrecimento, devia ser compensado daquilo que pagou.

Porém, devemos assinalar que o direito de regresso no sentido técnico jurídico só foi introduzido na época justinianeia, através do qual se conferiu ao devedor solidário cumpridor da obrigação, o direito de exigir dos restantes co-devedores o reembolso proporcional⁹⁷⁷.

II – Já sobre as origens históricas da sub-rogação, também estas não se apresentam claras e, provavelmente, pouco contribuíram para a consagração da mesma nas legislações actuais⁹⁷⁸. Sabe-se, entretanto, que o Direito romano não chegou a desenvolver com precisão este instituto, ainda que se reconhecesse a natureza estritamente pessoal do vínculo obrigacional. Em consequência, não aceitava mudanças dos sujeitos da relação jurídica. Ou seja, era inconcebível na mente dos romanos o exercício de um direito por alguém que não o seu titular. No entanto, pareciam existir excepções a esta regra. Isso sucedia se na pendência de um processo se verificava a existência de créditos no património do devedor. Nestas situações, era possível a nomeação de um curador, ratificado pelo *praetor*, que exercia face ao terceiro os créditos do devedor executado. A esta acção se denominou *missio in bona*⁹⁷⁹.

Entretanto, posteriormente, os juristas clássicos encontraram uma forma do *fideiussor*, quando demandado para cumprir a obrigação, poder solicitar ao credor a cedência da *actio* que este teria contra o devedor principal, caso ainda não tivesse sido

⁹⁷⁶ A *actio depensi* diferencia-se da *actio mandati contraria*, na medida em que, só podia ser exercida 6 meses após o pagamento da dívida pelo fiador, ao passo que a acção de mandato era de aplicação imediata. Cfr., Max Kaser, ob. cit., p. 309.

⁹⁷⁷ Neste sentido, Max Kaser, ob. cit., p. 310.

⁹⁷⁸ Cfr., Puig Peña, Tratado de Derecho civil español, t. IV, vol. 2º, ob. cit., pp. 206-207.

⁹⁷⁹ Veja-se neste sentido, Cesare Zucconi, “L’origine storica dell’azione subrogatoria”, in *Revista Di Diritto Civile*, Ano II – 1910, p. 757

consumida pela *litis contestatio*⁹⁸⁰. De outro lado, era ainda permitido, no caso de pluralidade de *fideiussores*, àquele que pagasse a dívida, a obtenção junto do credor das correspondentes *actiones para exigir a cada um a sua pars virilis*⁹⁸¹. A este *beneficium* se designou por *cendendarum actionum*.

Subjacente a isso, é opinião dominante que a figura da sub-rogação encontra as suas raízes históricas em dois institutos romanos a saber, o *beneficium cendendarum actionum* e a *sucessio in locum creditoris* (sucessão no lugar do credor)⁹⁸². Contudo, como aspecto marcante se deve referir que tais figuras constituíam, na sua essência, uma forma de proteger o garante cumpridor da obrigação, não obstante tivessem uma clara aproximação à figura da sub-rogação. Mas deve-se ter em conta que no Direito romano esta última realidade não era aplicada com a expressão subrogar, mais sim *succedere*.

Na verdade, a sub-rogação, como hoje a conhecemos, foi obra do Direito francês, cuja conformação difere da sub-rogação então recebida do Direito Romano⁹⁸³. A doutrina do século XVIII que estudava os textos romanos aludia à “*subrogation*”, embora muitas vezes a confundisse com a penhora de créditos, quando a realidade era bem diferente, mesmo no Direito romano⁹⁸⁴. No entanto, a sub-rogação manifestava-se somente no âmbito dos direitos sucessório e obrigacional. O Código dos Costumes da Normandia estabelecia no seu art.º 278º, a possibilidade de o credor exercer os direitos do seu devedor, estando autorizado judicialmente. Contudo, verificava-se o afastamento desta sub-rogação relativamente à execução, era visível que podia ser realizada sem a presença de um título executivo⁹⁸⁵.

O direito francês codificado reconheceu a sub-rogação no art.º 1166º do *code* de 1800. Este instituto reconheceu consagração posterior no *codice* de 1865 (art.º 1234º),

⁹⁸⁰ Neste sentido, A. Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore – Aspectos Gerais*, Coimbra, 1988, p. 137.

⁹⁸¹ Veja-se, Arangio Ruiz, *Instituciones*, ob. cit., p. 454; Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, ob. cit., p.137.

⁹⁸² Veja-se, Marcel Azencot, *Le Payement avec Subrogation dans l’Ancien Droit Français*, Paris, 1968, p. 5.

⁹⁸³ Veja-se, Marasinche “An historical introduction to the doctrine of the subrogation: the early history of the doctrine”, *Valparaiso University Law Review* 10 (1975), 1, p.48.

⁹⁸⁴ Veja-se Cesare Zuconi, *L’origine storica dell’azione surrogatoria*, in *Rivista di Diritto Civile*, Società Editrice Libreria, Milano, Anno II – 1910, pp. 778.

⁹⁸⁵ Veja-se Cesare Zuconi, *L’origine storica dell’azione surrogatoria*, ob. cit., 782.

no CCE (art.º 1111º) e, mais timidamente, com alguma dispersão no CS. Por sua vez, o BGB desconhece o instituto da sub-rogação do credor ao devedor⁹⁸⁶.

Já no século XX, o Projecto do Código das obrigações Franco-Italiano de 1927, estabelecia a sub-rogação no seu art.º 106º, na qual projectava o instituto de uma forma muito similar ao determinado no art.º 1234º do *codice* então vigente e no *code*. Todavia, esta uniformização nunca chegou a acontecer⁹⁸⁷.

O *codice* de 1942 resolveu manter a figura da sub-rogação, e para esclarecer as dúvidas suscitadas no art.º 1234º do anterior código, optou consagrar num único preceito o seguinte “ *Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni (2740), può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare*” (n.º 1 do art.º 2900º do *codice*) e “*Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende Surrogarsi*”, (n.º 2 do art.º 2900º do *codice*)⁹⁸⁸.

1.2. Conceito de direito de regresso e sub-rogação

I - O conceito de sub-rogação advém do latim *subrogatio* que significa substituição de coisa por outra com os mesmos ónus e atributos. Com efeito, tal como já sublinhado o nosso CS também não deixou de prever tal figura, embora de forma acanhada⁹⁸⁹, pois não era admitida em termos gerais; efectivamente, só em situações excepcionais podiam os credores agir em nome dos devedores, para a defesa dos interesses de ambos, como nas situações de aceitação da herança repudiada pelo devedor, além dos casos a propósito da invocação da prescrição ou da usucapião. Ora,

⁹⁸⁶ Cfr., Puig Peña, Tratado de Derecho civil español, t. IV, vol. 2º, ob. cit., p. 207.

⁹⁸⁷ Cfr., René Demogue, Traité des Obligations en Général, Effets des Contrats, t. VIII, 1922, p. 400.

⁹⁸⁸ Estabelece este art.º que o “*O credor, para assegurar que sejam satisfeitos ou conservados os seus direitos, pode exercer os direitos e as acções que competem contra terceiros ao próprio devedor e que este omite exercer, desde que os direitos e as acções tenham conteúdo patrimonial e não se trate de direitos ou de acções que, por sua natureza ou por disposição da lei, não podem ser exercidos senão pelo seu titular*” (n.º 1 do art.º 2900º). O credor, quando agir judicialmente, deve citar também o devedor ao qual pertence sub-rogar-se (n.º 2 do art.º 2900º).

⁹⁸⁹ Argumenta António José de Sousa Magalhães, que tal deveu-se ao facto do nosso legislador se ter inspirado no direito francês vigente na época, que fazia uma referência bastante genérica sobre a matéria. Cfr. Da Acção Subrogatória, 1955, p. 205.

por esta razão, alguns doutrinadores da época defenderam a necessidade de se criarem normas gerais para este instituto⁹⁹⁰, o que veio a acontecer no CC de 1966.

Sobre a figura, afirmava José Tavares que, o CS consagrava a sub-rogação só no caso específico da aceitação da herança por morte dos credores do repudiante: os credores podiam requerer judicialmente a designação de um prazo não superior a trinta dias para o credor declarar se aceitava ou não a herança (art.º 2041º)⁹⁹¹. Em posição contrária, Paulo Cunha via claras manifestações da figura noutros preceitos como o art. 509º (invocação da prescrição), art.º 694º (invocação da nulidade pelos fiadores), art.º 1405º (relação do subempreiteiro com o comitente)⁹⁹².

Para Vaz Serra “ *se o património do devedor é, como se usa dizer, garantia comum dos seus credores, parece razoável que os credores possam defender-se contra a inacção do seu devedor, de que resulte perder-se, diminuir ou deixar de aumentar o seu património*”. Ora, resulta claro que existe liberdade de escolha das pessoas quererem ou não aumentar o seu património. Porém, as consequências da falta de acção de devedor podem implicar, sem dúvidas, mais prejuízos para os credores do que para os próprios devedores. Por esta razão, nada mais justo se conferir possibilidade ao credor de actuar no sentido de satisfazer os seus direitos contra o devedor, mas sempre com o devido equilíbrio, de forma a não ferir os direitos que só podem ser exercidos unicamente pelo devedor, obviamente por revestirem carácter pessoal⁹⁹³.

No domínio dos trabalhos preparatórios o articulado proposto por Vaz Serra concedia à sub-rogação um regime pormenorizado. O aspecto mais significativo seria a remissão para a lei processual. Todavia, propunha ainda o autor, que a acção sub-rogatória devia corresponder a uma acção típica, o que não veio a ser acolhido pelo legislador de 1966⁹⁹⁴. No entanto, muitos outros aspectos focados pelo autor no seu Anteprojecto do CC foram acolhidos pelo actual CC.

Manifestamente, o *codice* influenciou a redacção actual do CC de 1966 no tocante a figura da sub-rogação. Neste sentido, CC português de 1966 arrumou a sub-

⁹⁹⁰ Neste sentido, António José de Sousa Magalhães, Alguns Aspectos da Acção Sub-rogatória, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 7º, 1947, n.º (s) 3 e 4, pp. 233-245, p. 243.

⁹⁹¹ José Tavares, Os princípios fundamentais do Direito Civil, ob. cit., p. 554.

⁹⁹² Cfr. Paulo Cunha, Do património, Lisboa, 1934, p. 35.

⁹⁹³ Veja-se, Vaz Serra, Responsabilidade Patrimonial, ob. cit., p. 157.

⁹⁹⁴ Vaz Serra, Direito das Obrigações, (Articulado), in BMJ n.º 99, Outubro de 1960, art.º 167º.

rogação no âmbito da transmissão de créditos e de dívidas⁹⁹⁵, o que desde já determina a estrutura da figura. Porém, afirma Antunes Varela que o fulcro da sub-rogação reside no cumprimento, pelo que não deveria estar enquadrado no lugar onde se encontra, ou seja, no Capítulo IV⁹⁹⁶.

II – De qualquer modo, a nossa legislação edificou a sub-rogação e o direito de regresso como institutos jurídicos distintos⁹⁹⁷, pelo que facilmente se estabelecem as diferenças entre ambos, particularmente entre a sub-rogação legal⁹⁹⁸ e o direito de regresso. Assim sendo, a análise das mencionadas figuras prende-se com a funcionalidade das relações internas, tanto aquela estabelecida entre os devedores solidários, como a concluída entre o fiador solidário e o devedor da obrigação principal. Entende-se, a esta luz, que há na sub-rogação uma sucessão no lado activo da relação obrigacional, ou melhor, uma transmissão do crédito, que mantém a sua identidade - e os seus acessórios - apesar da modificação subjectiva operada. Por outras palavras, o credor sub-rogado mantém o direito do credor anterior, ou parte dele se a sub-rogação for parcial, e pode exercer tais direitos não só contra o devedor, mas também contra os terceiros que tenham garantido a obrigação. Isso ocorre sempre que o terceiro cumpridor da obrigação não a satisfaz totalmente (n.º 1 do art.º 593º do CC).

Por isso dizemos, que a sub-rogação traduz-se na substituição do credor na titularidade do direito de outrem que realizou a prestação devida pelo devedor ou que forneceu a este meios necessários para o efeito. Nestas circunstâncias, o crédito transita na sua plenitude para o terceiro que realizou a prestação passando neste caso a ocupar a

⁹⁹⁵ No Direito espanhol, a sub-rogação é enquadrada no âmbito da novação, tida como forma de extinção das obrigações além do cumprimento (artigos 1209º a 1213º do CCE). Todavia, tal solução é susceptível de inúmeras críticas, visto que, se trata de institutos jurídicos diferentes, pois na novação se extingue o crédito anterior e constitui-se um novo crédito com o mesmo ou com outro devedor, por outro lado, não se transmitem as garantias e acessórios do crédito primitivo.

⁹⁹⁶ Veja-se, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II⁷, ob. cit., p. 336.

⁹⁹⁷ Veja-se a distinção entre as duas figuras em Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, ob. cit., pp.345-347, veja-se, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, vol. II, ob. cit., p.101; Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, ob. cit., pp.874 e ss.,

⁹⁹⁸ Existem duas espécies de sub-rogação: a sub-rogação legal e a convencional ou voluntária, aonde o critério de diferenciação assenta na fonte da qual derivam. Assim, entende-se que a sub-rogação voluntária, deriva de acordo entre o terceiro que cumpriu a obrigação e o credor principal, a quem é feito o pagamento, ou entre o terceiro e o devedor (art.º (s) 589º, 590º e 591º, sub-rogação pelo credor, sub-rogação pelo devedor e sub-rogação em consequência de empréstimo feito ao devedor, respectivamente). Ao passo que a sub-rogação legal resulta exclusivamente da lei e o pagamento é realizado por terceiro que haja garantido o cumprimento ou tenha interesse no cumprimento da obrigação (art.º 592º). A ser assim, nas palavras de Inocêncio Galvão Telles, o terceiro terá interesse directo no cumprimento, sempre que esteja constituído no dever de cumprir a obrigação ou seja dono dos bens que garantem aquela obrigação, ou é fiador do devedor ou constituiu hipoteca sobre o seu bem para garantir a dívida alheia. Veja-se, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 287.

posição no lado activo da relação obrigacional, com inclusão das garantias (pessoais e reais) e acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do primitivo credor. Esta reflexão, note-se, retira-se dos arts. 582º n.º 1, 593º n.º 1 e 594º, todos do CC. Entretanto, ainda nesta linha de pensamento, o credor sub-rogado não pode exercer poderes para além daqueles que possuía o credor sub-rogante. Salienta-se, porém, que em qualquer das modalidades de sub-rogação – pelo credor, pelo devedor, ou legal – a satisfação dada ao direito do credor não extingue o direito, que se transmite para um novo titular na medida daquela satisfação (n.º1 do art.º 593º do CC).

Quanto ao direito de regresso, deve-se tomar como referência o art.º 524º do CC. Efectivamente, nele se estabelece que o devedor no caso de pagar ao credor determinado montante, para além da sua parte numa dívida solidária, adquire o direito de exigir dos outros devedores as suas respectivas partes. Aliás, não admira que assim seja, por se tratar, afinal, de um princípio geral do Direito Civil.

Assim, ao contrário da sub-rogação, o direito de regresso é um direito novo nascido na esfera da pessoa que, no todo ou em parte, extinguiu uma anterior relação creditória. Por outras palavras, o direito de regresso é um instituto cujo surgimento está dependente do total cumprimento de apenas um dos devedores solidários. Atento o facto, esse cumprimento tem como efeito a extinção da relação obrigacional.

Por outro lado, enquanto na sub-rogação se verifica a transmissão dos direitos do credor, no direito de regresso essa transmissão não ocorre, surgindo desde logo um direito novo, como acima referimos, em virtude de uma relação especial já existente entre o autor do pagamento e o devedor. Desta forma, está-se então diante de um novo direito de crédito a que corresponde um novo dever de prestar e, diversamente do previsto na sub-rogação, não se transmitem nem as garantias nem os acessórios da dívida extinta, salvo estipulação em contrário. Neste critério, o direito de regresso, no caso de solidariedade passiva, constitui uma espécie de direito de reintegração, concedido a quem sendo devedor perante o *accipiens* da prestação, cumpre para além do que lhe competia no âmbito das relações internas. Evidentemente, a natureza das situações dos quais emerge o direito de regresso parece explicar o facto de ao respectivo titular se não transmitirem, na falta de estipulação em contrário, nem as garantias, nem os acessórios do crédito, ao contrário do que acontece na sub-rogação⁹⁹⁹.

⁹⁹⁹ Neste sentido, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷ ob. cit., p.347; Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 826.

A ser assim, a forma como o legislador delineia a sub-rogação legal, difere profundamente da figura do direito do regresso. Em tal caso, apresenta-se o art.º 644º, relativo a sub-rogação na fiança, como uma realização do estabelecido no n.º 1 do art.º 592º.

III - Perante o exposto, não se deixa de equacionar se existe compatibilidade entre direito de regresso e a sub-rogação na solidariedade passiva. Com efeito, a problemática em torno deste assunto consiste em saber se a previsão de apenas um dos institutos (direito de regresso) não pode ser inequivocamente interpretado no sentido de exclusão da aplicação do outro (direito de sub-rogação).

Para melhor entendimento sobre a questão, julgamos necessário uma análise simplista sobre a estrutura da solidariedade passiva.

Assim, neste âmbito, existe solidariedade passiva sempre que havendo vários sujeitos passivos, qualquer um destes responde perante o credor comum pela totalidade da prestação, cujo cumprimento a todos exonera (art.º 512º do CC)¹⁰⁰⁰. Entretanto, tal como no CS, a regra é a da conjunção, pois a solidariedade de devedores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes (art.513º do CC), ao contrário do que acontece no C. Comercial (art.º 100º), onde se prevê a solidariedade nas obrigações mercantis plurais^{1001 1002}. Mas, veja-se, este artigo diz por palavras distintas, o que

¹⁰⁰⁰ No entanto, repare-se que na fiança o fiador também pode responder solidariamente com o devedor, mas a obrigação do fiador é acessória, ao passo que na solidariedade passiva todos os co-devedores são na mesma medida responsáveis perante o credor, não existindo qualquer acessoriedade. Cada um dos devedores responde pela mesma prestação, com origem na mesma causa e título, pelo que não existe a figura do devedor principal como no instituto da fiança. Por outro lado, convém também esclarecer que a solidariedade da fiança comercial consiste somente no afastamento do benefício da excussão, bem assim a fiança prestada sem tal benefício, porém continua a prestação do devedor principal a não ser a mesma do fiador, fundando-se em causas e títulos diferentes.

¹⁰⁰¹ Apesar de não ter sido constituída com esse objectivo grande parte da doutrina é apologista que a solidariedade passiva pode desempenhar papel de garantia pessoal das obrigações, pois coloca à disposição do credor dois ou mais patrimónios. Contudo, é necessário nestas situações que o devedor solidário esteja informado do conteúdo da sua vinculação, de forma a não pensar que presta simples fiança. Neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 100 e ss.; Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 677, nota 1. Em sentido semelhante os autores espanhóis Ángel Carrasco Perera, Encarna Cordeiro Lobato e Manuel Jesus Marín López, declaram que “*a única coisa que o fiador solidário e o devedor solidário têm em comum é que por meio de ambos o credor tem mais possibilidades de ver o seu crédito satisfeito do que na eventualidade de existir apenas um devedor*”. Veja-se, Tratado de los Derechos de Garantía, ob. cit., p. 72. Em sentido oposto, o autor espanhol Tomás Rubio Garrido, explica que pode ser um erro atribuir a solidariedade passiva o papel de garantia, pois partindo-se do pressuposto que tal figura não é autónoma, a função de garantia somente lhe poderá ser conferida quando a obrigação dos devedores solidários possuir condição de garantia, como por exemplo, a pluralidade de fiadores solidários. Veja-se, Fianza Solidaria, Solidaridad de Deudores y Cofianza, en el Código Civil y Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 140

sugeriu Vaz Serra no seu articulado com o n.º 2 do art.º 1º, conforme agora se relata: “*As obrigações com pluralidade de credores ou de devedores não são solidárias, salvo se da lei ou da vontade das partes resultar o contrário*”. Assim, são inúmeros no nosso CC os casos de solidariedade passiva legal, aonde podemos enquadrar a figura da fiança (art.º 649º)¹⁰⁰³.

Todavia, no âmbito desta figura cumpre destacar dois aspectos importantes, o das relações externas e o das relações internas, isto é, as que decorrem entre o credor e os devedores solidários e destes últimos entre si. Devemos no entanto prevenir que no âmbito das relações externas, cumpre analisar em separado os efeitos da solidariedade passiva quer relativamente ao credor, quer aos devedores. A ser assim, no tocante ao credor, o efeito fundamental da solidariedade passiva consiste em cada um dos co-devedores se responsabilizar pelo pagamento integral da prestação (n.º 1 do art.º 512º), embora o credor possa exigir a totalidade ou parte da prestação a todos os devedores ou só de alguns deles (n.º 1 do art.º 519º). Contudo, o devedor solidário demandado não pode opor-se mediante o benefício da divisão.

Quanto aos efeitos da solidariedade passiva no seio dos devedores, determina o art.º 523º do CC que uma vez satisfeita a dívida por um dos devedores, por dação, cumprimento, novação, consignação em depósito ou compensação, todos os outros ficam libertos face ao credor comum. Deve-se, por sua vez, acrescentar que no âmbito das relações internas, aquele dos devedores solidários que satisfaça o crédito, goza perante os outros do direito de regresso, isto é o direito de exigir de cada um dos co-devedores a parte que lhe cabia na responsabilidade comum. Todavia, se não resultar em contrário da relação jurídica existente, presume-se que os devedores solidários participam em partes iguais na dívida (art.º 516º).

Mas aqui devemos deitar um breve olhar para algumas posições inscritas no Direito comparado.

Em princípio, é reconhecido pela doutrina francesa, nos termos do n.º 3 do art.º 1251º do *code*, o direito a sub-rogação “ *em benefício de quem, estando obrigado com outros no pagamento da dívida tem interesse em pagá-la*”. Nas palavras de Colin e

¹⁰⁰² Parece-nos não existir razões para confusão entre a figura da garantia fidejussória solidária e a solidariedade de devedores. Uma vez que se situam em planos lógicos e jurídicos distintos e nenhuma regra da fiança se aplica directamente a solidariedade passiva e esta última só se aplica directamente ao instituto da fiança solidária nas situações de pluralidade de fiadores.

¹⁰⁰³ Entre outros exemplos a responsabilidade pelo risco (art.º 507º) e a assunção da dívida (n.º 2 do art.º 595º).

Capitant, o alcance deste preceito pode ser interpretado no sentido de se incluir todos aqueles que pagam como obrigados uma dívida alheia¹⁰⁰⁴. De acordo com isso, estabelece ainda o *code* no seu art.º 1236º, que “*A obrigação pode ser cumprida por qualquer pessoa que esteja interessada nela, tal como um co-devedor ou um fiador*”. Em virtude disso, o *code* reconhece um direito de sub-rogação a favor de todo o co-devedor solidário que haja pago a totalidade da prestação. No entanto, fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida do regresso que tenha para os restantes co-devedores. Nestes termos, estabelece o art.º 1214º do *code* que: “*O devedor de uma dívida solidária, que haja pago a totalidade da prestação, só poderá exigir de cada um dos co-devedores a sua quota*”. Nestes casos, tudo se passa dividindo-se igualmente por todos a quota do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

Por outro lado, contrariando o raciocínio francês, uma minoria da doutrina espanhola defende que o previsto no n.º 3 do art.º 1210º do CCE, ao determinar que: “*Presume-se existir sub-rogação quando alguém pague a dívida ou tenha interesse no seu cumprimento*” não se refere a solidariedade passiva¹⁰⁰⁵. Sendo assim, defende Puig Brutau que “*os casos em que a sub-rogação se presume, segundo o art.º 1210º, não estão incluídas as situações de solidariedade passiva*”¹⁰⁰⁶. Para outro autor espanhol, Lalaguna, o devedor solidário não se sub-roga no lugar do credor, porque não pode ser considerado “*terceiro estranho*” relativamente a obrigação, já que ao pagar uma dívida própria na qual é obrigado a cumprir por inteiro, por ser solidária, não se divide face ao credor. Tendo tudo isso em devida conta, afirma o mesmo autor, que o art.º 1145º do CCE, exclui a sub-rogação ao atribuir ao co-devedor solidário que cumpre a obrigação o direito de regresso perante os restantes co-devedores, nas suas respectivas quotas¹⁰⁰⁷.

Mas sempre se destaca, que a maioria da doutrina espanhola é apologista que o alcance do n.º 3 do art.º 1210º do CCE ao determinar que se presume existir sub-rogação “*quando alguém pague a dívida ou tenha interesse no seu cumprimento*”, pode ser entendido no sentido de englobar tantos os interessados em cumprir uma obrigação própria como o devedor solidário e o fiador; porquanto segundo o autor espanhol

¹⁰⁰⁴ Veja-se, Ambrosio Colin e H. Capitant, Curso elemental de Derecho civil, ob. cit., pp. 201-202.

¹⁰⁰⁵ Veja-se, Lalaguna, Los sujetos del pago, ob. cit., pp. 17-18; Puig Brutau, Fundamentos de Derecho civil. Tomo I, Vol. II, Barcelona, 1989, p. 173.

¹⁰⁰⁶ Veja-se, Puig Brutau, Fundamentos de Derecho civil, ob. cit., p. 173.

¹⁰⁰⁷ Veja-se, Lalaguna, Los sujetos del pago, ob. cit., pp. 17-18.

Hernández Moreno, este devedor na maioria das vezes pretende pagar a dívida sem querer extingui-la e, daí, se presume que tenha interesse em sub-rogar-se nos direitos do credor¹⁰⁰⁸.

Em parte, não obstante reflectir aparente contradição entre o art.º 1145º e o n.º 3 do art.º 1210º, ambos do CCE, parece que a maioria da doutrina defende a possibilidade do devedor solidário cumprir a obrigação solidária sem que esta se extinga, pois ao satisfazer a dívida fê-lo com a intenção de se sub-rogar na posição do credor satisfeito, assim como obter o que lhe corresponde dos restantes co-devedores solidários¹⁰⁰⁹. Ao lado desta posição, afirma Puig Ferriol: “ [...] *a sub-rogação nos termos do n.º 3 do art.º 1210º só pode operar dentro dos limites da fragmentação que impõe o n.º 2 do art.º 1145º, porém tal não constitui obstáculo a sub-rogação, pois o devedor que cumpra a obrigação adquire um direito de crédito*”¹⁰¹⁰. Por consequência, defende a doutrina maioritária espanhola que o devedor solidário que pague a dívida adquire contra os demais co-devedores solidários dois mecanismos de reembolso, um por via do direito de regresso, outro por via da sub-rogação, porém, em ambas as situações o direito se limita a quota destes¹⁰¹¹.

Significadamente, na doutrina brasileira não existe sub-rogação na solidariedade. Aliás, bem se compreende que se ela existisse poderia o devedor *solvens* exigir a totalidade do valor pago a qualquer um dos co-devedores. Todavia tal não é possível. Assim, cumprida a obrigação por um dos devedores, a solidariedade cessa em face do credor satisfeito¹⁰¹². No entanto, os efeitos da obrigação persistem e apurados os valores das quotas individuais, inclusivamente a do devedor *solvens*, tem este o direito de regresso contra cada um dos devedores, no limite da quota respectiva¹⁰¹³. Isso indica o art.º 283º do CCB, quando diz: “*O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-*

¹⁰⁰⁸ Veja-se, Hernández Moreno, *El pago de tercero*, Barcelona, 1983, pp. 177-181; Alonso Sánchez, *Protección del fiador en vía de regreso*, ob. cit., p. 190, ob. cit. pp. 193 ss.

¹⁰⁰⁹ Veja-se, Alonso Sánchez, *Protección del fiador en vía de regreso*, ob. cit., p. 194.

¹⁰¹⁰ Veja-se, Puig Ferriol, *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, vol. II, Madrid, 1976, p. 493

¹⁰¹¹ Veja-se, Messineo, *Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1979, p. 414; Colin e Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, ob. cit., p. 201.

¹⁰¹² Veja-se, Paulo Luiz Netto Lôbo, *Teoria geral das obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 163.

¹⁰¹³ Veja-se, Paulo Lôbo, *Teoria geral das obrigações*, ob. cit., p. 164.

devedores”. Ora, mediante a acção de regresso é que se estabelece a igualdade entre todos os co-devedores.

Porém, a doutrina critica o facto do preceito, tal como acontecia com o art.º 913 do CCB de 1916 constar a expressão “*por inteiro*”, o que parece fazer crer que o devedor solidário que fez um pagamento parcial não teria direito de regresso contra os demais co-obrigados¹⁰¹⁴

Quanto ao Direito pátrio, verifica-se que na vigência do CS Vaz Serra inclinou-se para a posição adoptada pelos *codice* e *code*, propugnando que a sub-rogação deve ficar enquadrada no capítulo referente ao cumprimento das obrigações¹⁰¹⁵. No entanto, não foi este o posicionamento tomado pelo actual CC face ao previsto no n.º 1 do art.º 592º, limitando a sub-rogação aos casos de cumprimento efectuado por terceiro e, restringindo-a, dentro deste espaço, às situações em que os terceiros tenham garantido o cumprimento ou tenham interesse na satisfação da dívida. Para Vaz Serra, cumpre dizer, os casos de regresso nas obrigações solidárias eram subsumidos ao instituto da sub-rogação, chegando mesmo a fazer tal previsão no seu Anteprojecto¹⁰¹⁶. Também Galvão Telles, a esse respeito, era defensor que o devedor solidário que paga fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida do regresso que tenha para os restantes co-devedores, explica o autor que: “[...]se se abster de realizar a prestação, poderá com isso ser prejudicado, sujeitando-se aos incómodos de uma acção ou execução judicial e vendo a sua posição agravada pela indemnização resultante da falta de cumprimento ou sofrendo a perda dos bens onerados”¹⁰¹⁷.

Contudo, Januário da Costa Gomes vai mais longe. Como bem explica este autor, não é pelo facto do art.º 524º do CC não fazer qualquer menção à sub-rogação do devedor solidário, que esta não tem lugar, visto que é o n.º 1 do art.º 592º que prevê as regras gerais aplicáveis aos casos de sub-rogação legal¹⁰¹⁸. Ora, parece-nos que este autor quis fazer entender que um artigo não é “uma partícula isolada”, especialmente dentro de um código; por essa razão a sua interpretação deve ser feita com base no conjunto onde se integra, pois só deste modo alcançaremos o seu verdadeiro sentido. Assim, não se pode concluir que o art.º 524º preenche a fase de liquidação nas situações

¹⁰¹⁴ Cfr. Ricardo Fiuza, Novo Código Civil Comentado, ob. cit., pp. 266-267.

¹⁰¹⁵ Veja-se, Vaz Serra, Sub-rogação nos Direitos do Credor, in BMJ, pp. 5-66, pp. 61 e 62.

¹⁰¹⁶ Veja-se, Vaz Serra, Sub-rogação nos Direitos do Credor, BMJ 37, ob. cit., p. 36 e ss.

¹⁰¹⁷ Veja-se, Inocêncio Galvão Telles, Obrigações, ob. cit., p. 287.

¹⁰¹⁸ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 891.

de solidariedade passiva sem antes analisá-lo com base no conjunto. Continuando, diz ainda o mesmo autor, que a coerência do legislador de 1966 não lhe permite reconhecer que o fiador por cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor (art.º 644º) e, nem em sede da assunção da dívida, negar a existência do benefício da sub-rogação face ao assuntor cumulativo de dívida que efectuou a prestação a favor do credor ou de qualquer obrigado solidário (n.º 2 do art.º 595º)¹⁰¹⁹.

Entretanto, à luz das suas proposições, contesta ainda este autor a posição defendida por Dias Ferreira¹⁰²⁰, na qual negava a existência de sub-rogação na solidariedade passiva por entender que não se sairia de um círculo vicioso de acções, além de que só existe direito a sub-rogação quando qualquer deles paga por outro, e o devedor solidário paga por si e não por outro. Perante este quadro, para Januário Gomes não existe qualquer círculo vicioso, pois o direito de sub-rogação previsto no n.º 1 do art.º 592º não ocorrerá “*ultra vires*”¹⁰²¹, ou seja, fora dos limites do direito de regresso, mas sim dentro das fronteiras ou “*intra vires*” do regresso¹⁰²². Por outras palavras, o devedor solidário que cumpre a obrigação fica sub-rogado na medida do seu direito de regresso¹⁰²³. Por outro lado, argumenta ainda este último autor, que o devedor solidário pode ser considerado o “*terceiro*” a que se refere o n.º 1 do art.º 592º, pois não está consignado que o terceiro não possa ser também devedor. Com efeito, considera existir na solidariedade passiva tantos vínculos como devedores; deste modo, cada co-devedor é considerado, singularmente, um terceiro, e cumprindo a obrigação para além da sua quota tem legítimo interesse no cumprimento; porquanto, ao conceder-se ao devedor solidário que pagou o direito de sub-rogar-se no crédito, não contradiz isso com o direito de regresso, pois este ocorrerá dentro das margens do direito de regresso; além do mais, o devedor solidário que pagou passa a ter duas opções, alternativas entre si e

¹⁰¹⁹ Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 891 ss.

¹⁰²⁰ Dias Ferreira, Código Civil Annotado, Vol. II, p. 81

¹⁰²¹ Não se deixa de referir que a teoria “*ultra vires*” surgiu em meados do século XIX na Inglaterra com o objectivo de evitar desvios de finalidade nos actos dos administradores de uma sociedade e preservar os interesses e capitais investidos pelos sócios. Segundo essa teoria, qualquer acto praticado em nome da sociedade por qualquer de seus sócios, mas que extrapolasse o objecto social desta, seria considerado nulo.

¹⁰²² Como também nos explica Vaz Serra, Anotação STJ de 30 de Maio de 69, p. 391.

¹⁰²³ Neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., p. 900 ss.

com regimes jurídicos diferentes, se quiser beneficiar da sub-rogação exercê-la-á, se quiser beneficiar do regime do art.º 524º, exercerá o direito de regresso *strictu sensu*¹⁰²⁴.

Por outro lado, Vieira Gomes defende uma aproximação funcional entre os dois institutos, dado que a sub-rogação representa do ponto de vista axiológico e teleológico, um meio predisposto para a tutela do interesse no regresso. Considera assim este autor, que a sub-rogação tem função cautelar (função comum ao regresso), dado que consiste em garantir a recuperação do que foi pago pelo devedor solidário, concedendo-lhe um meio mais eficaz do que qualquer outra acção de regresso. Por outro lado, o mesmo autor desconsidera a teoria de que o direito de regresso é um direito novo na esfera do *solvens*, pois se assim não fosse, deveriam extinguir-se todas as excepções próprias da relação anterior, o que não ocorre (art.º 525º)¹⁰²⁵.

Em suma, julgamos melhor acolher os argumentos deduzidos por Januário da Costa Gomes. Isto porque, considera que sub-rogação legal e o direito de regresso *stricto sensu* das obrigações solidárias são abarcados pela categoria mais ampla de direito de regresso *lato sensu*, como se seria de esperar.

2. A relação entre os artigos 648º e 653º do CC

I – Constitui facto assente que o art.º 648º se insere no âmbito das relações entre devedor e fiador e o art.º 653º, no manto das relações que se estabelecem entre este último com o credor. No entanto, ambos têm como finalidade comum tutelar preventivamente os interesses do fiador.

Atenta a essa realidade, tem-se revelado polémica a questão de saber se os preceitos em referência estão subordinados entre si, a ponto do exercício das acções previstas no art.º 648º poderem ser susceptíveis de determinar a exclusão do efeito extintivo da fiança previsto no art.º 653º do mesmo código.

¹⁰²⁴ Neste sentido, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 900 - 901.

¹⁰²⁵ Veja-se, Júlio Vieira Gomes, Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. I, Direito Privado e Vária, Coimbra, 2002, p.107 e ss. e pp. 120-121.

Desde logo, na doutrina italiana, Fragali em contradição com a posição defendida pela generalidade¹⁰²⁶ a respeito da conexão entre os artigos 1955º do *codice* (*La fideiussione si estingue quando, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore*) e 1953º do mesmo código (*Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso*), explica que a mencionada conexão se funda numa base errada, pois no seu ponto de vista a acção de liberação (art.º 1953º do *codice*) deve encaminhar-se no sentido de evitar os efeitos da negligência do credor. A par disso, continua o autor, apresenta-se manifesto que nada poderia o fiador fazer, antes de pagar, para conservar o seu direito de sub-rogação, além de que a acção de liberação não consegue conservar esse direito, não existindo nenhum nexos causal entre o prejuízo da não sub-rogação e a abstenção do fiador. Conclui o mesmo autor, que o fiador ao exigir a prestação de caução, está a reforçar o seu direito à sub-rogação nos direitos do credor, constituindo isso uma força que se adiciona a outras que o fiador adquire em consequência da sub-rogação, embora não seja um poder de carácter alternativo ao direito a sub-rogação¹⁰²⁷.

A doutrina espanhola há muito vem discutido essa questão. Para tanto argumenta que se a resposta for afirmativa, significa que o art.º 1843º do CCE impõe ao fiador a obrigação de agir contra o devedor sempre que se verifiquem as circunstâncias previstas no conteúdo deste artigo; caso contrário, o fiador seria considerado negligente e tal lhe impediria de ficar sub-rogado nos direitos do credor, nos termos do art.º 1852º do CCE, independentemente deste último, por facto negativo ou positivo, ter impedido a sub-rogação do fiador nos seus direitos. Se, por outro lado, a resposta for negativa, como defende Alonso Sánchez, o fiador conserva o direito de validamente se desonerar da obrigação, quando por acto do credor não puder ficar sub-rogados nos direitos deste, sem que, para tanto, haja necessidade de provar o desenvolvimento de qualquer actividade da sua parte, no sentido de impedir a conduta negligente do credor. Explica ainda o autor espanhol, que as acções previstas no art.º 1843º do CCE não são consagradas pelo legislador como mecanismos de protecção dos direitos do fiador, mas

¹⁰²⁶ Veja-se, Corsi, *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile con i principi del diritto romano, con la dottrina e la giurisprudenza*, Catania, 1891, p. 434; Bo, *Voz “Fideiussione”*, en *Nuevo Digesto Italiano*, ob. cit., p. 1128.

¹⁰²⁷ Veja-se, Fragali, *Della Fideiussione*, ob. cit., 474.

antes uma hipotética falta de diligência do credor em conservar os direitos susceptíveis de beneficiar o fiador através da sub-rogação. Assim, se o fiador não decidir fazer uso das faculdades conferidas pelo art.º 1843º do CCE, a sua atitude de abstenção não podia acarretar a sanção jurídica de perder o direito de se sub-rogar aos direitos do credor¹⁰²⁸. Em posição contrária, outra parte da doutrina defende que os fundamentos utilizados pelo autor acima citado não são de se aceitar; pois em geral, as circunstâncias que podem dar lugar a extinção da obrigação fidejussória, através do art.º 1852º do CCE, não permitem que o fiador actue contra o devedor nos termos do art.º 1843º do CCE, a fim de requerer a sua liberação ou a prestação de caução. Contudo, evidenciam, que nas situações que se hajam perdido ou deteriorado as garantias a favor do credor, poderá tal circunstância ser enquadrado no âmbito do art.º 1843º do CCE¹⁰²⁹.

Para Carmen Arija, não existe uma relação directa entre ambas as normas que exija ao fiador o exercício prévio da acção de liberação para puder recorrer ao art.º 1852º do CCE¹⁰³⁰. Em defesa de uma tese negativa, a Jurisprudência espanhola (Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 19 de Maio de 2013), acolhe a posição de que “ [...] *a subordinação do art.º 1852º do Código Civil ao oportuno exercício do fiador da acção de liberação do art.º 1843º, não podem ser acolhidas por esta Sala [...]*”¹⁰³¹. No mesmo sentido, o Ac. do Supremo Tribunal espanhol de 14 de Junho de 2014, esclarece “ [...] *algumas das considerações do tribunal de apelação em torno da questão debatida, como a subordinação do art.º 1852º do CC ao oportuno exercício do fiador da acção de liberação, não podem ser acolhidas por esta Sala [...]*”¹⁰³².

Em suma, deve-se tomar como referência, que a doutrina e jurisprudência maioritária espanhola defendem a inexistência de uma relação directa entre os dois artigos quando se exige do fiador o exercício prévio da acção de liberação, para posteriormente alegar a seu favor a aplicação do art.º 1852º do CCE.

Quanto ao direito português, embora não exista forte discussão sobre esta matéria, parece-nos que em função do previsto nos artigos 648º e 653º, chega-se a conclusão que não existe qualquer dependência do exercício do direito à liberação ou

¹⁰²⁸ Veja-se, Alonso Sánchez, La protección del fiador en vía de regreso, ob. cit., pp. 165-167. ob. cit., p. 165

¹⁰²⁹ Veja-se, Casanovas Mussons, La Relación Obligatoria de Fianza, ob. cit., p. 165.

¹⁰³⁰ Carmen Arija, Las acciones de liberación y cobertura en la fianza, ob. cit., p. 77.

¹⁰³¹ Cfr., www.poderjudicial.es, visualizado em 02 de Dezembro de 2016.

¹⁰³² Cfr., www.poderjudicial.es, visualizado em 02 de Dezembro de 2016.

prestação de caução do direito à liberação por impossibilidade de sub-rogação. Sendo as primeiras de carácter facultativo, nada obsta que o não uso possa posteriormente impedir que o fiador se sub-rogue nos direitos do credor.

Nessa medida, não se vislumbra no sentido literal do art.º 648º, que este tenha carácter potestativo; nem a sua omissão parece ser susceptível de excluir os efeitos do art.º 653º. Julgamos, entretanto, que cabe ao fiador decidir fazer uso ou não das acções previstas no art.º 648º. E mesmo que contra este concorram consequências negativas, sem margem para dúvidas, a exclusão do direito a sub-rogação não seria uma delas.

Por outro lado, também não existe no CC português nenhuma norma legal que estabeleça a menor dependência entre estes artigos. Efectivamente, o art.º 653º constitui uma norma de carácter sancionatório que confere ao fiador o direito a desonerar-se da obrigação, na medida em que, por acto positivo ou negativo do credor, não se possa sub-rogar nos direitos deste. Ao passo que o art.º 648º atribui ao fiador o remédio jurídico, de carácter preventivo e tutelar do seu eventual direito de regresso, permitindo em determinadas situações ali estatuídas exigir do devedor a sua liberação ou a prestação de caução.

Em suma, para tornar mais clara a nossa posição, achamos que estas normas podem coexistir uma com a outra, mas não nos parecer existir qualquer subordinação entre ambas.

3. Liberação do fiador por impossibilidade de sub-rogação

I – Sobre a questão determina o CCE no seu art.º 1852º: “*Os fiadores, ainda que solidários, ficam libertos da sua obrigação sempre que por facto do credor não podem sub-rogar-se aos direitos, hipotecas e privilégios do mesmo*”. A esse respeito, esclarece a doutrina maioritária espanhola que uma vez perdidos os direitos, hipotecas e privilégios inerentes ao crédito, por acto do credor, não significa, por si só, a liberação do fiador nos termos do artigo acima citado; antes de tudo é necessário averiguar se existe uma relação de causalidade directa entre o acto do credor e a perda dos direitos, hipotecas e privilégios, bem assim se tal perda representa prejuízo certo e efectivo para o fiador, a tal ponto que o impossibilite ser ressarcido total ou parcialmente, na eventualidade de satisfazer a dívida. Assim, justificado o dano, poderá o fiador ser

exonerado nos limites do prejuízo causado¹⁰³³. De modo semelhante, os tribunais deste país condicionam a aplicação do art.º 1852º do CCE a concorrência de um prejuízo certo para o fiador derivado da falta de sub-rogação invocada por este¹⁰³⁴.

No direito nacional, estabelece o art.º 653º do CC: “*os fiadores, ainda que solidários, ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem*”. Tal previsão advém do texto já antes previsto no art.º 853º do CS, embora com algumas modificações. Este determinava: “*os fiadores, ainda que solidários, ficarão desonerados da sua obrigação, se, por algum facto do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos, privilégios e hipotecas do mesmo credor*”. Note-se, entretanto, que na altura da vigência deste código, muitas vezes se debateu se a expressão “*facto do credor*” a que se refere o art.º 853º do CS apenas dizia respeito a um facto positivo ou, pelo contrário, podia ser também um facto negativo ou mera negligência. Nestas condições, parte da doutrina portuguesa afirmava que era necessário um facto positivo do credor, pois nos casos de negligência do credor o fiador devia tomar as providências cautelares necessárias; caso não o fizesse, também era culpado e não se podia apoiar desta situação para se libertar¹⁰³⁵. No entanto, outra parte da doutrina nacional defendia posição contrária, como Dias Ferreira, para quem a sub-rogação legal dos direitos do credor era condição do encargo a que se sujeitou o fiador¹⁰³⁶. No mesmo sentido, Cunha Gonçalves, entre outros argumentos defendia que o preceito não faz qualquer distinção entre actos positivos e negativos. Mas cumpre salientar, segundo o mesmo autor, que este dispositivo teve origem no Direito romano, ou seja, no *mandatum pecuniae credendae*, e neste, o *mandator* ficava desvinculado quando o credor por actos ou omissão o impossibilitava de se sub-rogar nas garantias¹⁰³⁷.

Em face da mesma questão, Guilherme Moreira alude que se ao lado da negligência do credor existir também negligência do fiador, entende-se que não pode

¹⁰³³ Neste sentido, Alonso Sánchez, Protección del fiador en vía de regreso, ob. cit., p. 155; Guilarte Zapatero, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, ob. cit., pp. 336-338; Delgado Echevarría, Elementos de Derecho civil, ob. cit., p. 529.

¹⁰³⁴ Veja-se, Alonso Sánchez, Protección del fiador en vía de regreso, ob. cit., p. 150.

¹⁰³⁵ Veja-se, Revista de Legislação e Jurisprudência, X. p. 502.

¹⁰³⁶ Veja-se, Dias Ferreira, Código Civil Annotado II, comentário ao art.º 85, ob. cit., pp. 29-30.

¹⁰³⁷ Cfr., Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, ob. cit., p. 219.

este último invocar a culpa do credor para obter a sua liberação¹⁰³⁸. Em resposta, Cunha Gonçalves afirmou que a: “*concomitância das duas culpas não é de considerar, quando a culpa do credor, por si só, for suficiente para fazer perder a garantia*”. A culpa do fiador não absolve o credor da sua e, o art.º 853º, só a esta manda atender”; porém, assevera ainda o mesmo autor, que o fiador só não poderá exonerar-se da obrigação quando contribui para a perda dos direitos ao lado do credor¹⁰³⁹.

Todavia, Vaz Serra vai mais longe ao defender que se a impossibilidade de sub-rogação resultar de facto do credor e do fiador, então o fiador é liberto parcialmente, a menos que tal facto implique o seu consentimento na perda do direito; se assim for, não se libera em nada. Desta forma, segundo ainda este autor, a libertação parcial do fiador “*dar-se-ia na medida determinada pelo critério que se adoptar em matéria de responsabilidade no caso de concorrência de facto do lesado*”; todavia, não significa que se deva resolver rigidamente à luz de qualquer teoria da causalidade, já que importaria verificar se as soluções se ajustam com a sua própria razão de ser ao disposto no art.º 853º¹⁰⁴⁰.

Nestes termos, e porque a alteração da forma do art.º 853º não implica alteração de conteúdo no actual 653º¹⁰⁴¹, cumpre agora chegar a uma conclusão que abrace ambas as redacções.

Assim, diante de todo o exposto, deve-se reconhecer que, em primeira linha, é permitido ao fiador a sua liberação quando por facto do credor não se possa sub-rogar aos direitos do último. É possível, porém, dependendo de cada situação em concreto, vedar ao fiador a possibilidade de se exonerar, ou ocorrer apenas uma exoneração parcial; tudo vai depender do grau de intervenção do fiador para que ocorra a impossibilidade de sub-rogação.

Neste traçado, o facto de o fiador poder considerar-se objectivamente causador do facto impeditivo da sub-rogação, não lhe é permitida a liberação. Esta posição é apoiada por Januário da Costa Gomes, sedimentado na ideia nos termos da qual, quando

¹⁰³⁸ Veja-se, Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil, vol. II, ob. cit., p. 323.

¹⁰³⁹ Cfr., Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, ob. cit., p. 219.

¹⁰⁴⁰ Veja-se, Vaz Serra, Fiança e Figuras Análogas, ob. cit., p. 267 e ss..

¹⁰⁴¹ Apesar do actual dispositivo fazer apenas referência da sub-rogação nos direitos do credor, abstendo-se de mencionar à sub-rogação nos privilégios e hipotecas deste, parece-nos não existir qualquer dúvida que estas garantias como acessórias estão incluídas na referência que é feita no art.º 644º, segundo o qual, os fiadores que cumprem a obrigação ficam sub-rogados nos direitos do credor. Em consequência da sub-rogação o crédito transfere-se para o fiador com todas as garantias e acessórios.

o comportamento do fiador demonstra, objectivamente, desinteresse ou desconsideração pela conservação do direito na titularidade do credor, nesta hipótese, não é merecedor de exoneração¹⁰⁴², Ou seja, quando os factos praticados pelo fiador sejam bastantes para causar a perda do direito, não pode este abrigar-se do previsto no art.º 653º. No entanto, o credor contribuir apenas parcialmente para a perda do direito, então o fiador só se poderá exonerar parcialmente.

Em conclusão, impõe-se sempre descortinar qual o facto que originou a perda da possibilidade de sub-rogação do fiador e só depois se deve imputar as consequências àquele que ocasionou a referida perda do direito.

Por tudo isso, devemos analisar de seguida alguma jurisprudência pátria para verificarmos qual a posição dos nossos tribunais relativamente a este problema.

Sendo assim, importa ter como referência o Ac. da RL de 14 Abril de 2015, onde foi analisada a *ratio* do art.º 653º do CC¹⁰⁴³.

No caso em referência, A intentou uma oposição à execução que lhe foi movida por B. Nela alegou, resumidamente, que a fiança por si prestada extinguiu-se com o cancelamento das garantias hipotecárias a que o credor procedeu, uma vez que a obrigação principal ficou desprovida da sua garantia principal, ou seja, a hipoteca do imóvel, disso resultando a extinção da garantia fidejussória por força do art.º 653º do CC.

Entretanto, a título de contestação, B alegou nunca ter consentido que pela venda do imóvel hipotecado fossem exonerados os devedores do remanescente da obrigação.

No final, foi proferido Ac. em que se julgou improcedente a oposição de A. Contudo, este último inconformado recorreu da decisão, sustentando no argumento segundo a qual B autorizou o cancelamento da hipoteca, permitiu a venda do imóvel e recebeu o produto da venda que lhe foi entregue pelos devedores principais; por isso, a sua responsabilidade na qualidade de fiador terminou, até porque não ficou provado ter aceite a manutenção da fiança, após a venda do bem, para pagamento do remanescente da dívida. Disse ainda nos seus argumentos, o douto tribunal, que B praticou um acto positivo – emissão do documento de distrate – no qual teve como consequência para o

¹⁰⁴² Veja-se, Januário da Costa Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, ob. cit., pp. 927-928.

¹⁰⁴³ Veja-se Ac. da RL de 14 de Abril de 2015, proc. n.º 6574/13.9TBSXL-A.L1-7, no qual foi Relator Luís Espírito Santo; no mesmo sentido Ac. da RP de 21 de Março de 2003; Ac. da RL de 1 de Fevereiro de 2007; Ac. da RP de 21 de Janeiro de 2016; Ac. da RL de 14 de Abril de 2016, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 18 de Dezembro de 2017.

fiador a perda da possibilidade de sub-rogação nos direitos de B contra os devedores principais, já que B cancelou a hipoteca e permitiu a venda da casa.

Em torno disso, a RL considerou que a questão jurídica a responder era se o art.º 653º se aplicava ou não a situação em apreço.

Assente em tal questão, observou o quadro dos factos provados e não impugnados por A, tendo constatado que este voluntária e pessoalmente impulsionou e promoveu junto de B a venda do imóvel em causa para pagamento parcial da dívida dos afiançados, na qual pressuponha o cancelamento da referida hipoteca. Desse modo, ao insistir na realização da escritura que cancelou a hipoteca, teve plena consciência que o distrate era essencial para a venda do imóvel, da qual vigorosamente lutava.

Nestas condições, fez ver que não podia agora queixar-se de ser esse motivo pelo qual deixou de poder sub-rogar-se nos direitos que competiam ao credor.

Concluiu assim a RL, que inexistia fundamento sério para a liberação do fiador nos termos do art.º 653º, visto que a situação de facto que lhe serve de base foi expressamente engendrada por A/fiador, que agora dela se pretende ilicitamente beneficiar.

4. Liberação automática do fiador por impossibilidade de sub-rogação?

I - Outra das questões que tem sido tema de debate nesta matéria, é a de saber se a liberação do fiador por impossibilidade de sub-rogação contemplada no art.º 653º se opera automaticamente ou por iniciativa do fiador?

No domínio do CS defendia Vaz Serra que apesar do art.º 853º mencionar que os fiadores *ficarão desonerados*, o que parecia implicar uma desoneração *ipse iure*, na verdade não existiam motivos para se considerar automaticamente extinta a fiança; pois podia ocorrer que o fiador não pretendia libertar-se. Acresce ainda este autor, que esta exoneração é determinada por lei, por se presumir que o fiador deseja libertar-se, todavia, depende de invocação deste¹⁰⁴⁴. Em sentido oposto, Silva Carvalho considerava que a fiança extingue-se “ *desde o momento em que o direito se perdeu por culpa do credor*”¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁴ Vaz Serra, Fiança, (Algumas Questões), ob. cit., p. 51.

¹⁰⁴⁵ Veja-se, Américo da Silva Carvalho, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 160.

Nos dias que correm, julgamos por bem reconhecer que os argumentos sólidos vão no sentido da liberação do fiador, por via do art.º 653º do CC; neste caso, não se opera automaticamente. Desta forma, o citado artigo confere ao fiador o direito potestativo de se desonerar da obrigação fidejussória quando a conduta do credor se manifesta contrária aos seus interesses¹⁰⁴⁶. Com efeito, o enunciado do referido artigo não se limita a conferir um simples meio de defesa do fiador, mas antes um autêntico direito potestativo de carácter extintivo, que só pode operar quando verificados os pressupostos ali contidos. Assim, por não se tratar de uma questão de ordem pública que prejudique terceiros, até renunciável pelas partes, nada mais justo admitir que o efeito da liberação não pode ser automático¹⁰⁴⁷. Em posição contrária, o Código das Obrigações Suíço, determina no art.º 503º: “[...] *a responsabilidade do fiador se reduz a soma correspondente do prejuízo causado, a menos que se prove que o dano é menos elevado*”. Resultante disso, defende a doutrina deste país que a diminuição das garantias do crédito acarretam *ipso facto* uma redução da obrigação de fiança ao montante proporcional ao seu valor, excepto se o credor afirmar que os danos são menores ou não existem¹⁰⁴⁸.

Todavia, entre nós, parece-nos que o mecanismo do direito à liberação previsto no art.º 653º deve ser invocado pelo fiador, por via de excepção material, dentro do procedimento judicial no qual se reclame o cumprimento da obrigação fidejussória. No entanto, também não existe qualquer impedimento legal que se restrinja a possibilidade do fiador fazer valer esse direito subjectivo, neste caso, por via de acção judicial intentada com a finalidade de obter declaração judicial que o proclame liberto da obrigação fidejussória nos termos do art.º 653º¹⁰⁴⁹, consubstanciando-se aqui, nestes termos, a ideia de qualificação de direito potestativo atribuída pela doutrina italiana e espanhola.

¹⁰⁴⁶ Veja-se também neste sentido, Guilarte Zapatero, Comentarios, ob. cit., p. 338.

¹⁰⁴⁷ Veja-se, neste sentido, Ravazzoni, Della Fideiussione, ob. cit., p. 1764.

¹⁰⁴⁸ Veja-se, Betan Robet, La décharge de la caution par application de l’article 2037, Revue trimestrielle de Droit civil, 1974, pp. 344-345.

¹⁰⁴⁹ Neste sentido, Campogrande, Trattato della fideiussione nel diritto odierno, ob. cit., p. 638.

5. Liquidação da operação de fiança

I - O CS era peremptório ao afirmar no seu art.º 838º que o fiador obrigado a pagar pelo devedor, tem o direito de ser indemnizado da dívida principal, dos juros, das perdas e danos que lhe tenham sobrevindo por culpa do devedor. Acrescia ainda este preceito que, mesmo nas fianças prestadas sem o conhecimento do devedor, cabia a este indemnizar o fiador; porém, os juros só contariam a partir do momento em que o fiador notificasse o devedor do pagamento. Logo a seguir, o art.º 839º do mesmo código determinava que o fiador que pagou o credor fica sub-rogado em todos os direitos que este último tinha face ao devedor.

Daí que, tal como na solidariedade passiva, nasceu no direito pátrio a dúvida da articulação das figuras da sub-rogação e do regresso no instituto fidejussório. Por outras palavras, quis saber-se se o fiador que cumpriu a obrigação se sub-roga nos direitos do credor e adquire em simultâneo um direito de regresso.

No sentido de encontrar resposta para o problema, Humberto Lopes alegou que *“pese embora à sub-rogação, o fiador não fica tendo dois direitos paralelos e independentes: o do credor, por sub-rogação, e o do fiador, que é o direito de regresso, mas sim sempre um direito próprio da sua qualidade de fiador, que é o direito de regresso, robustecido ou não, consoante as circunstâncias, pelas garantias que se mantêm, em virtude da sub-rogação”*¹⁰⁵⁰.

Outro doutrinador da época, Guilherme Moreira num breve comentário sobre o assunto, sugeriu apenas que a *“acção de regresso que o fiador tem contra o devedor, é assegurada por todas as garantias que o credor tinha contra ele, como a hipoteca, o penhor”*¹⁰⁵¹. No entanto, antes destes autores, Paulo Cunha, arrimado no art.º 839º que determinava: *“o fiador que pagou ao credor fica sub-rogado em todos os direitos que o mesmo credor tinha contra o devedor, já aí incluía, necessariamente, o poder que o fiador tem de exigir do devedor o pagamento da quantia que ele, por ser fiador, pagou ao credor, pois que esse poder resulta da sub-rogação”*, fez ver que, só nas situações de pagamento de juros e indemnização por perdas e danos, previstas no n.º 2 e 3 do art.º 838º do CS, ocorria a possibilidade de existir a acção directa do devedor contra o fiador¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ Veja-se, Humberto Lopes, Extinção da Fiança, ob. cit., p. 359.

¹⁰⁵¹ Guilherme Moreira, Instituições de Direito Civil Português II, ob. cit., pp. 337-340.

¹⁰⁵² Veja-se, Paulo Cunha, Da Garantia nas Obrigações, Tomo II, ob. cit., pp. 65-66

III – No entanto, ainda hoje não é pacífica a questão de articulação das figuras da sub-rogação e o regresso na fiança. Isso sucede justamente pelo facto do art.º 644º determinar apenas: “*o fiador que cumpre a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos*”. Notadamente, com esta opção, o legislador limitou-se a consagrar a sub-rogação, mantendo-se no silêncio quanto ao direito de regresso.

A ser assim, será que somente por estar previsto o instituto da sub-rogação já implica o afastamento do direito de regresso? Ou podemos falar da existência de ambas as figuras? Se sim, podem utilizar-se em simultâneo ou alternativamente?

Na legislação comparada, é no art.º 1949º e 1950º do *codice* onde se encontra reflectida a protecção atribuída ao fiador que cumpriu a obrigação principal perante o credor. Diz-nos o primeiro articulado que “*Il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore*”; logo a seguir o art.º 1950º do *codice* determina que “*Il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale, benché questi non fosse consapevole della prestata fideiussione*”. Assim, com a sub-rogação o fiador adquire a mesma posição do credor, sendo assim capaz de exercer os direitos que pertenciam ao credor contra o devedor principal. Já com o direito de regresso, o fiador tenta recuperar do devedor principal o enumerado no art.º 1950º do *codice*, nomeadamente, o capital, os juros e as despesas ocorridas com a execução da garantia independentemente da relação que exista entre devedor e credor. São assim, dois remédios separados que produzem efeitos diversos¹⁰⁵³.

Nestes casos, o que se verifica é que o *codice* consagra tanto a sub-rogação como o regresso no instituto da fiança, o que desde logo ressalta a possibilidade de puderem ambos serem utilizados pelo fiador *solvens*. Agora, a forma como devem ser articulados após o cumprimento da obrigação pelo co-fiador solidário é que tem sido motivo de contradição na doutrina italiana.

A esse respeito, diz Carpino que os dois institutos são alternativos entre si, pertencendo ao fiador *solvens* a faculdade de escolher a opção que mais lhe convier, dado que não poderá cumular os benefícios de ambos¹⁰⁵⁴. Por outro lado, como já foi

¹⁰⁵³ Está é a orientação seguida pela jurisprudência. Contudo, uma minoria da doutrina é apologista que a sub-rogação absorve o regresso, veja-se neste sentido Michele Fragali, *Fideiussione*, ob. cit., p. 350 e ss.

¹⁰⁵⁴ Carpino, *Pagamento com surrogazione*, ob. cit., p. 33 e ss.; cfr. neste sentido, Bo, *Nuevo Digesto italiano*, ob. cit., p. 1124; Colin e Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, ob. cit., p. 40.

referido, Fragali acredita que a sub-rogação absorve o direito de regresso, entendendo-se que a tentativa de separação das duas noções tem somente carácter definitivo¹⁰⁵⁵.

Contudo, por outra construção parece seguir alguma doutrina espanhola ao defender que não se pode falar de uma sub-rogação plena a favor do fiador que cumpriu a obrigação. Atento o facto, argumenta-se que o critério da sub-rogação do art.º 1209º do CCE é bastante restrito ao determinar que “*La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto*”, solução que impede a sua aplicação analógica. Por outro lado, mas ainda, de acordo com esta doutrina, os pressupostos do art.º 1210º do CCE (*se presumirá que hay subrogación, quando un acreedor pague a otro acreedor preferente; cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor; cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda*”) não dizem respeito a sub-rogação legal, são apenas situações nas quais se presume, salvo prova em contrário, a existência de um assentimento para sub-rogação¹⁰⁵⁶. Por sua vez, Alonso Sánchez considera ser da opinião da maioria da doutrina que os pressupostos de sub-rogação estabelecidos no art.º 1210º do CCE não têm carácter de presunção, porquanto são situações de verdadeira sub-rogação legal. Acresce ainda este autor, que o termo “*se presume*” contido no citado articulado, não é empregue pelo legislador em um sentido técnico¹⁰⁵⁷. E esta, aliás, também constitui a posição defendida a longa data pela jurisprudência espanhola¹⁰⁵⁸. A par disso, parece reconhecer Alonso Sánchez que à semelhança das situações observadas na solidariedade passiva, o fiador que satisfaz a obrigação fidejussória paga uma dívida própria, da qual deriva o interesse directo do mesmo em cumpri-la¹⁰⁵⁹.

Desta forma, defende a maioria da doutrina espanhola que a sub-rogação representa para os co-fiadores solidários, no momento da constituição do vínculo de

¹⁰⁵⁵ Michele Fragali, Fideiussione, ob. cit., p. 350 e ss..

¹⁰⁵⁶ Veja-se, Suso Vidal, El derecho de regreso entre coavalistas de créditos bancarios: especial consideración del supuesto de pago voluntario al acreedor por parte de uno de ellos, RDM, 1980, p. 534.

¹⁰⁵⁷ Veja-se, Alonso Sánchez, Protección del fiador en vía de regreso, ob. cit., p. 218.

¹⁰⁵⁸ Veja-se, Sentença do Tribunal Supremo de 15 de Janeiro de 1931, em www.poderjudicial.es, visualizado em 02 de Dezembro de 2016.

¹⁰⁵⁹ Veja-se, Alonso Sánchez, Protección del fiador en vía de regreso, ob. cit., p. 219.

fiança, o remédio jurídico destinado a assegurar o direito de regresso da quantia paga ao credor, quando ultrapassou a quota da sua responsabilidade, face aos restantes co-fiadores; assim, contrariar tal posição seria uma consequência injusta e prejudicial ao direito de regresso do co-fiador solidário *solvens*, além de que evita um enriquecimento injusto a favor dos restantes co-fiadores solidários¹⁰⁶⁰.

Quanto ao nosso Direito, um dos obstáculos que se aponta através da aplicação do art.º 644º constitui facto do fiador ser considerado também devedor. Ora, sobre isso já nos pronunciamos. Efectivamente, já ficou assente que o fiador é um verdadeiro devedor, mas a sua obrigação é acessória a do devedor principal. Quer dizer, o fiador constitui o verdadeiro devedor, mas é devedor diverso do devedor principal, pois a sua prestação tem causa e origem num título diferente. E, ao satisfazer a dívida fidejussória, está a cumprir uma obrigação própria. Porém, esta não se destina a satisfazer os direitos do fiador perante o credor, mas antes os direitos deste último face ao devedor principal. Por ser assim, é notório que existe sub-rogação dos direitos do credor face ao devedor principal e não perante o fiador. Em consequência, não existe qualquer contradição no facto de o fiador ser devedor e ficar sub-rogado nos direitos do credor por via do art.º 644º.

A partir daí, de modo coerente podemos considerar que o art.º 644º é consequência do princípio estabelecido no n.º 1 do art.º 592º, já que se trata de verdadeira sub-rogação legal reconhecida de maneira directa e automática ao fiador que cumpriu a obrigação fidejussória.

Do nosso ponto de vista, mas em harmonia com a legislação estrangeira atrás exposta, não nos parece que a previsão de um qualquer dos institutos seja suficiente para rejeitar a aplicação do outro. Assim supomos, pois a sub-rogação e o direito de regresso têm como denominador comum o direito de reembolso pela realização obrigacional; se bem que as diferenças entre ambas sejam visivelmente acentuadas, como aliás já fomos demonstrando no decorrer deste estudo científico. Desse modo, a sub-rogação estará sempre associada à figura do direito de regresso nos limites deste último. E, não só, o direito de regresso parece-nos ser inato à fiança, derivado da sua composição solidária. Por essa razão, arriscamos ir mais longe e somos apologistas de que o direito de regresso não está previsto na fiança mesmo porque o legislador julgou

¹⁰⁶⁰ Veja-se em Pérez Álvarez, *Solidaridad en la fianza*, ob. cit., p. 220.

desnecessária tal consagração, decorrente da solidariedade intrínseca do instituto fidejussório¹⁰⁶¹.

IV - Então como se articulam estas duas figuras no âmbito das relações internas dos fiadores solidários?

Percebemos que é o art.º 650º do CC que trata da fase posterior ao cumprimento da obrigação por um dos fiadores; e daqui se permite distinguir a relação interna que se estabelece entre o devedor principal e os fiadores solidários e a relação que se estabelece entre estes últimos. Mas do quanto é certo, bem se compreende que nesta altura se está numa fase na qual o credor já viu o seu crédito satisfeito por um dos fiadores solidários. Por isso mesmo, cumpre analisar como se processa então a liquidação da operação de fiança.

Ora, conforme estabelece o n.º 1 do art.º 650º, *“Havendo vários fiadores, e respondendo cada um deles pela totalidade da prestação, o que tiver cumprido fica sub-rogado nos direitos do credor contra o devedor e, de harmonia com as regras das obrigações solidárias, contra os outros fiadores”*.

Para Antunes Varela, cumpre apontar, o fiador que satisfaz integralmente a obrigação adquire um duplo direito: por um lado, como fiador *solvens* que é, fica sub-rogado nos direitos do credor sobre o devedor; por outro, como co-obrigado solidário que também é, goza do direito de regresso contra os outros fiadores, de acordo com as regras das obrigações solidárias (art.º 524º do CC)¹⁰⁶² Na sequência deste raciocínio, Almeida Costa afirma que texto do art.º 650º não se apresenta feliz, pois fica-se com a errada percepção segundo a qual o fiador que cumpre a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor tanto contra o devedor como contra os outros fiadores. Mas, para o mesmo autor, não existem dúvidas que o fiador por cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor face ao devedor e, em relação aos co-fiadores, existe apenas um simples direito de regresso, segundo as regras da solidariedade passiva¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Gian Franco Campobasso, afirma que: o *“Diritto che trae origine direttamente dal carattere solidale e non già da una preesistente relazione giuridica”*. Veja-se, Regresso, in Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXVI, 1989, p. 2.

¹⁰⁶² Veja-se, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II⁷, ob. cit., p. 506; no mesmo sentido Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., p.668.

¹⁰⁶³ Veja-se, Almeida Costa, Direito das Obrigações, ob. cit., p. 902 e p. 902, nota 2.

Porém, é sabido que a discussão em torno desta questão reflecte um problema de fundo mais complexo. A esse respeito, Antunes Varela, na esteira de Carpino¹⁰⁶⁴, nega a aplicação da sub-rogação legal à solidariedade passiva¹⁰⁶⁵; ora esta constitui posição da qual não perfilhamos, como já deixamos bem patente algures neste estudo¹⁰⁶⁶.

Do nosso ponto de vista, note-se, o n.º 1 do art.º 650º do CC deve ser cuidadosamente interpretado, pois provoca titanescos embaraços ao remeter para a sub-rogação nos termos das obrigações solidárias¹⁰⁶⁷. Acontece, todavia, que o CC português não consagra a fiança como um caso de solidariedade passiva. Se tal o fizesse, na co-fiança aplicar-se-iam todas as regras das obrigações solidárias sem necessidade do previsto no n.º 1 do art.º 649º do CC, *in fine*. Logo, parece-nos que a lei pretende apenas utilizar certos aspectos do regime da solidariedade sem atribuir às obrigações em causa o carácter de obrigações solidárias. Efectivamente, n.º 1 do art.º 649º do CC ao fazer esta remissão, quer somente consignar que no caso de não se convencionar o benefício da divisão, cada fiador responde pela totalidade da prestação.

Apesar disso, não é dispensável a previsão do n.º 1 do art.º 650º do CC. Assim pensamos, recordando desde logo que o n.º 1 do art.º 649º do CC regula somente as relações que se estabelecem entre os fiadores e o credor; ao passo que a solidariedade prevista no n.º 1 do art.º 650º reporta-se às relações entre fiador sub-rogado e os demais fiadores. Atento o facto, como é bem visível, a questão da sub-rogação, de acordo com as regras da solidariedade, só se despoleta a partir do momento em que um dos fiadores cumpre a prestação devida. Logo, por certo, o direito do credor contra o devedor transmite-se por via da sub-rogação ao fiador que pagou e, conforme também a letra da lei, teria tantas sub-rogações parciais quantos os demais fiadores.

Efectivamente, parece-nos que só assim será possível a um segundo cofiador que pague a sua quota ao fiador sub-rogado, ficar sucessiva e parcialmente sub-rogado contra o devedor principal. Mas, note-se, já assim não seria possível, tecnicamente, se a

¹⁰⁶⁴ Veja-se, Carpino, Del pagamento con surrogazione, ob. cit., p. 61 e ss..

¹⁰⁶⁵ Também neste sentido, Fernando Augusto Cunha de Sá, Modalidades Das Obrigações Quanto Aos Sujeitos, In Estudos em honra de Ruy de Albuquerque. - Lisboa. - Vol. I 2006, p. 402.

¹⁰⁶⁶ Supra p. 164 ss..

¹⁰⁶⁷ Este preceito sofreu forte influxo de Vaz Serra que, na verdade, defendia a aplicação da sub-rogação às obrigações solidárias, influenciada pelo § 426/I BGB.

cadeia sub-rogativa fosse interrompida por um mecanismo de direito de regresso *strictu sensu*, que supõe a extinção do vínculo.

Por conseguinte, no caso de se negar a existência de sub-rogações parciais contra os restantes fiadores, estar-se-ia a impedir que esses mesmos fiadores, consumado o pagamento ao fiador sub-rogado na medida das suas quotas, conseguissem agir contra os devedores investidos na qualidade de credores sub-rogados e beneficiassem de todas as garantias que se transmitem com o crédito.

Para tanto, pense-se no seguinte exemplo: A é credor de B de 900 euros; já C, D e E são fiadores e a nível interno cada um deles se obrigou por 300 euros. Imaginemos, entretanto, que C fiador pague a totalidade da dívida; por certo, automaticamente fica sub-rogado nos direitos do credor A contra o devedor B. No entanto, o lógico seria que os outros dois fiadores ao pagarem na medida das suas quotas ao fiador sub-rogado C, ficassem na mesma posição que este se encontra relativamente ao devedor B. Porém, ao negarmos estas sub-rogações parciais, estaríamos injustamente a criar a situação de C fiador poder agir contra o devedor B ou contra terceiro garante do crédito com base no mecanismo da sub-rogação, permitindo que se aproveitasse de todas as garantias e acessórios que se transmitiram com o crédito, como vimos anteriormente; e os outros fiadores D e E só poderiam agir com base num direito de regresso, sem quaisquer garantias.

Assim, somos de aceitar que os fiadores que satisfizerem o fiador sub-rogado ficam, por sua vez, sub-rogados na medida que satisfizeram ao fiador *solvens* na relação do credor contra o devedor.

Obviamente, esta é a posição que melhor se adequa com o previsto no n.º 4 do art.º 650º do CC; pois se este preceito não existisse, a responsabilidade do subfiador seria consequência directa da sub-rogação. De acordo com isso, notadamente o legislador adoptou aqui um expediente para proteger o subfiador. Até porque, ao associarmos o mecanismo do direito de regresso em sentido estrito à solidariedade passiva, faria parecer supletivo o enunciado no n.º 4 do art.º 650º do CC, uma vez que a subfiança, garantido o fiador face ao credor, caducaria genuinamente com a extinção do vínculo fiador-credor.

Nestes termos, apesar de contrariarmos a doutrina dominante, modestamente afirmamos, tal como resulta da própria letra da lei, que o fiador ao pagar ao credor adquire, à partida, dupla sub-rogação; uma sub-rogação total contra o devedor e, em

alternativa, tantas sub-rogações parciais quantos os demais fiadores na medida das suas quotas^{1068 1069}.

De resto, anote-se, esta mesma posição é defendida por Januário da Costa Gomes¹⁰⁷⁰, ao esclarecer de forma brilhante que a remissão para as regras das obrigações solidárias determina, somente, que o fiador sub-rogado não pode exigir dos restantes fiadores para além das quotas destes. O mesmo sucede no respeitante ao devedor que cumpre a obrigação quando não o pode fazer em relação aos demais devedores solidários.

Contudo, isso não significa que o fiador sub-rogado só pode agir contra os demais fiadores com base no mecanismo da sub-rogação. Na verdade, se ele quiser pode antes optar pelo direito de regresso, exigindo de cada um dos cofiadores a quota-parte a que estes se obrigaram.

Mas justifica-se dizer algo mais.

Na verdade, a sub-rogação total contra o devedor e as sub-rogações parciais contra os demais fiadores, bem como o direito de regresso, também contra estes, não são mecanismos cumuláveis. Logo, se o fiador invocar a sub-rogação e conseguir receber do devedor o que pagou, nada pode exigir dos restantes fiadores com fundamento na sub-rogação parcial ou no direito de regresso. Da mesma forma, se o fiador optar por exercer primeiramente o direito de regresso ou as sub-rogações parciais contra os outros fiadores, a sub-rogação nos direitos do credor ficará limitada à parte do crédito, obviamente em relação aquela na qual tenha exercido a sub-rogação parcial ou direito de regresso. Como se vê, a sub-rogação e o direito de regresso são situações entre si alternativas, cabendo ao titular a escolha de uma via; em termos consequentes, não pode pretender cumular os benefícios de uma e de outra.

No entanto, parece-nos sempre mais vantajoso para o fiador a via das sub-rogações parciais contra os demais fiadores, por ter a possibilidade de assumir ainda outras garantias e privilégios inscritos na titularidade do credor relativamente ao devedor principal. Sem dúvida, parece lógico deduzir que o exercício do direito do sub-

¹⁰⁶⁸ Cfr., nesse sentido, Vaz Serra, Anotação STJ 28-11-1972, pp. 381-382, n.º 1; cfr., ainda o mesmo autor na Anotação ao Ac. do STJ de 11 de Maio de 1971, *in* RLJ 105, p. 113; Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5ª Edição, p. 96.

¹⁰⁶⁹ No mesmo sentido, Ac. do STJ de 27-1-2005; Ac. da RG de 2 de Junho de 2016; Ac. do STJ de 25 de Maio de 2017, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 20 de Dezembro de 2017.

¹⁰⁷⁰ Veja-se, Januário da Costa Gomes, *Estudos De Direito Das Garantias, Pluralidade de fiadores e liquidação das situações fidejussórias*, vol. II, obra cit., p. 57.

rogado é mais vantajoso que o direito de regresso, dado que este pode exigir do devedor principal o conteúdo total da prestação efectuada. Porém, se exercer o direito de regresso, vai reaver apenas a quota de cada um, sem, contudo, reaver a parte que lhe incumbia quitar, configurando-se assim um autêntico prejuízo.

Nestes termos, daqui ocorre o exercício subsidiário das acções; mas obviamente na hora de se optar pelo direito que se vai reclamar, o normal será escolher a opção mais favorável.

Por seu turno, outra questão importante a ser levantada, é se existe uma ordem para o fiador sub-rogado poder dirigir-se aos restantes fiadores e ou devedor.

Antunes Varela apenas faz menção à possibilidade do fiador poder exigir a totalidade da prestação ao devedor ou por fracções contra os fiadores, mas não explica se tem de se seguir uma ordem¹⁰⁷¹. Contrariamente, Januário da Costa Gomes¹⁰⁷² elucida que o fiador que pague não tem de obedecer a qualquer ordem. Pode exigir o pagamento do devedor com base no mecanismo da sub-rogação. Contudo, se não tiver sucesso, pode exigir o pagamento dos demais fiadores na medida das suas quotas, posição que nos parece mais sensata. Por ser assim, achamos este argumento mais conclusivo.

6. Renúncia do direito à liberação por impossibilidade de sub-rogação

I - Diante do cenário exposto, não se deixa de equacionar se é possível ao fiador renunciar ao benefício estabelecido pelo art.º 653º do CC, na qual lhe confere o direito à liberação, na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não se lhe faculta ficar sub-rogado nos direitos que a este compete.

De forma geral, o princípio da liberdade contratual estabelecido no art.º 405º do CC permite, dentro dos limites da lei, que as partes podem livremente fixar o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos estabelecidos no código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. Partindo dessa lógica, em princípio não existe qualquer impasse a que o fiador renuncie ao benefício concedido pelo art.º 653º.

No entanto, nem todas legislações estrangeiras aceitam de ânimo leve a renúncia a este benefício, já que consideram a sua previsão no contrato de fiança como cláusula

¹⁰⁷¹ Veja-se, Antunes Varela, Obrigações, vol. I, ob. cit., pp. 815-816.

¹⁰⁷² Veja-se, Januário da Costa Gomes, Estudos De Direito Das Garantias, Pluralidade de fiadores e liquidação das situações fidejussórias, vol. II, ob. cit. p. 59.

abusiva. Por essa razão, no Direito francês resolveu-se ir mais a fundo e na reforma ao *code* alterou-se o conteúdo do art.º 2037º. Isso sucedeu através da Lei de 1 de Março de 1984, onde se incluiu no último parágrafo “ *toda a cláusula contrária se considera não escrita*”¹⁰⁷³. A ser assim, o fiador fica desonerado da obrigação sempre que por algum facto do credor não puder ficar sub-rogado nos seus direitos, hipotecas e privilégios do mesmo. Todavia, qualquer cláusula em sentido oposto se considera não escrita.

Do ponto de vista doutrinal, considera-se esta determinação como a forma encontrada pelo legislador de combater a prática abusiva das instituições bancárias que cada vez mais introduziam cláusulas desta natureza nos contratos de fiança; com efeito, era o fiador obrigado a renunciar perante o banco-credor qualquer benefício resultante do art.º 2037º do *code*; no entanto, segundo esta posição, nada impede que após a constituição da relação fidejussória, o fiador renuncie ao direito de se liberar sempre que por acto do credor não possa sub-rogar-se nos direitos, hipotecas e privilégios do mesmo¹⁰⁷⁴.

Por outro caminho vai a doutrina espanhola, ao considerar que a renúncia da extinção da fiança nos termos do art.º 1852º do CCE poderá ser acordada no contrato fidejussório; mas só se tornará efectiva no momento que o fiador puder opor ao credor o benefício da sub-rogação. Contudo, sendo esta renúncia feita no pacto de fiança ou depois da sua celebração, nunca poderá implicar a renúncia do direito a sub-rogação, já que este efeito é previsto “*ex lege*” para o fiador que cumpre a obrigação. Assim, o objecto da renúncia será a não imputação ao credor da impossibilidade de ficar sub-rogado, por facto deste, nos direitos, hipotecas e privilégios. No outro lado da moeda, situa-se a doutrina na qual defende: embora exista a possibilidade da renúncia ser pactuada aquando da celebração do contrato de fiança, esta funciona como cláusula de exoneração e modificação da responsabilidade do credor; assim não poderá ter qualquer eficácia no sentido de excluir qualquer tipo de responsabilidade do credor quando este pratique actos dolosos e fraudulentos¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷³ Art.º 2037º do *code* “*El fiador queda libre de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor el fiador no pueda quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor. Toda cláusula en sentido contrario se considerará no escrita*”. Artigo alterado pela Lei n.º 84-148 de 1 de Março de 1984, (*Ley n.º 84-148 de 1 de marzo de 1984 art. 49 Diario Oficial de 2 de marzo de 1984 en vigor el 1 de marzo de 1985*).

¹⁰⁷⁴ Neste sentido, Simler, Cautionnement, ob. cit., p. 9 e ss.

¹⁰⁷⁵ Cfr., J. M. Ratón Finez, La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil), Revista crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 614, 1993, p. 53.

Por sua vez, no Direito nacional já se discutia esta questão desde a vigência do CS (art.º 853º); por aquela altura, defendia Dias Ferreira que o preceito podia ser afastado por vontade das partes, quer por escrito, quer em forma verbal ou por factos que claramente levassem a deduzir que o fiador pretendia a renúncia; no entanto, nesta última situação, só era possível quando não houvesse exigências legais de forma na própria constituição da fiança¹⁰⁷⁶.

O nosso Direito actual parece não fugir dessa orientação. Efectivamente, nada obsta que o fiador possa renunciar ao benefício concedido pelo art.º 653º. Contudo, é notório que este artigo prevê uma cláusula tácita, na qual o legislador presumiu, por óbvio, que o fiador despedido da possibilidade de se sub-rogar nos direitos do credor, certamente pretenderá a sua liberação. Não há como pensar de maneira oposta. Contudo, podem o credor e o fiador chegar a entendimento contrário, onde expressamente este último pode declarar no pacto fidejussório a vontade de renunciar a este benefício. Nestes casos, todavia, mesmo que não haja declaração expressa, mas a interpretação do contrato de garantia leva a concluir que o fiador pretende ficar vinculado mesmo após a perda do benefício, então este não se pode liberar.

¹⁰⁷⁶ Dias Ferreira, Código Civil Annotado, II, ob. cit., pp. 29-30, comentário ao art.º 853º.

CAPÍTULO VI

A FIANÇA E A GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

1. Conceito

I – Em Portugal, a garantia bancária autónoma foi introduzida pela *praxis* bancária. Todavia foi Vaz Serra¹⁰⁷⁷ o primeiro a abordar o tema, seguindo-se Ferrer Correia¹⁰⁷⁸ e Simões Patrício¹⁰⁷⁹. Sob este influxo, Oliveira Ascensão diz que se denominam de garantias bancárias, as garantias de natureza pessoal prestadas por um banco¹⁰⁸⁰. Vale por isso dizer, que elas consistem num documento emitido pela instituição financeira, a pedido do seu cliente, a favor de outra pessoa, na qual o banco assume a obrigação de satisfazer, no limite do acordado, determinadas obrigações perante o terceiro, na eventualidade de não serem integralmente cumpridas pelo seu cliente. Vistas estas considerações, devemos referir que, entre as garantias prestadas pelo banco, temos a fiança bancária, o penhor bancário, as cartas de conforto e a garantia bancária autónoma.

Todavia, do nosso ponto de vista, o que interessa agora para o presente estudo é a garantia bancária autónoma. Encaminhando-nos para aí, denomina-se de garantia bancária autónoma aquela que normalmente é prestada por um banco, através da qual se obriga, a pedido de um cliente (devedor), a entrega a terceira pessoa (beneficiário da garantia) de determinada soma monetária, previamente acordada, quando o devedor por qualquer razão deixe de cumprir as suas obrigações, sem que lhe possa opor os meios de defesa decorrentes da relação entre este e o devedor. Reforçando esta ideia, observa Menezes Cordeiro que: *“a função da garantia autónoma não é, tanto, assegurar o cumprimento dum determinado contrato. Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no próprio texto da garantia, uma determinada*

¹⁰⁷⁷ Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas*, p. 282 e ss.

¹⁰⁷⁸ Veja-se, Ferrer Correia, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, RDE VIII (1982), pp. 247-258.

¹⁰⁷⁹ Veja-se, José Simões Patrício, *Preliminares sobre a garantia (on first demand)*, ROA 1938, pp. 677-718.

¹⁰⁸⁰ Veja-se, José de Oliveira Ascensão, *Garantia Bancária Autónoma*, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1991, p. 13.

quantia em dinheiro”. Por isso, perante uma garantia autónoma à primeira solicitação, de nada servirá vir esgrimir com argumentos retirados do contrato principal [...] ”¹⁰⁸¹.

É comum, no entanto, a doutrina distinguir três tipos de garantia autónoma. A primeira, destina-se a garantir a correcta execução do contrato, ou seja, o pagamento do preço ou a realização de uma empreitada (“*performance bonds*”), quando, de um modo geral, o contrato-base já se encontra assinado e o banco/garante aparece apenas a assegurar a correcta execução deste pelo devedor. A segunda, constitui a garantia de reembolso de pagamentos antecipados (“*advance payment bond*”); nesta, o banco/garante assegura ao contraente que adiantou parte do preço do contrato (por exemplo, empreitada) que ele reaverá o montante pago, na eventualidade da outra parte não cumprir o contrato; e por último, a garantia pode ser utilizada para manter firme uma proposta pré-estabelecida (“*bid bond*”).

Em termos gerais, a garantia autónoma é considerado tanto no comércio interno como no comércio internacional, onde este constitui o seu campo de eleição, a garantia mais segura, mais célere e mais eficaz, ultrapassando a rainha das garantias pessoais, a fiança. Nessa medida, em sede da garantia autónoma, é frequente as partes estabelecerem a cláusula de pagamento “à primeira solicitação”. Nestas situações, além da referida garantia ser autónoma, devemos sublinhar que em relação ao contrato-base, o terceiro beneficiário da garantia goza do privilégio de obrigar a entidade emissora da garantia, mediante simples interpelação, a pagar-lhe o montante garantido. Obviamente isso tem outras implicações, porquanto os bancos para conceder esse tipo de garantias recebem comissões mais elevadas dos seus clientes¹⁰⁸². Assim, com todos estes passos descritos, se firma uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação.

2. Origem histórica

I – A garantia bancária autónoma surge após a segunda guerra mundial, sem dúvida por exigência do comércio internacional, que passou a ver as garantias reais e pessoais como um obstáculo à sua celeridade. Nesta perspectiva, pretendeu criar-se uma garantia que possibilitasse ultrapassar as limitações do regime da fiança e conferisse maior agilidade, mas também confiança para o comércio internacional, ao exigirem-se como

¹⁰⁸¹ Menezes Cordeiro, Manual de Direito Bancário, 3ª edição, Coimbra, 2006, p. 643.

¹⁰⁸² Veja-se mais sobre o assunto em Galvão Telles, Garantia Bancária Autónoma, ob. cit., p. 20 e ss..

garantes instituições financeiras cuja solvabilidade e credibilidade fossem facilmente determináveis¹⁰⁸³. Nestas circunstâncias, a garantia autónoma aparece para assegurar a eficiente execução do contrato-base, como até explicitamente já fizemos ver.

Entretanto, não obstante conferir-se, provavelmente de forma errónea, a denominação de garantia bancária autónoma, nem por isso ela tem necessariamente de ser prestada por um banco. Na verdade, tal garantia sempre pode ser prestada por uma companhia de seguros^{1084 1085}.

De todo o modo, apesar de não ser uma garantia com profundas raízes históricas como a fiança, não deixa ela de ser, como já se havia dito, a garantia de eleição do comércio internacional, cuja utilização redobrou a partir de 1973 em função do aumento acentuado do preço do barril de petróleo. Com efeito, a partir dessa altura, os países exportadores do denominado “ouro negro”, passaram a exigir dos agentes económicos estrangeiros com os quais tinham celebrados contratos de diversa natureza (empreitada, compra e venda), a prestação de garantias autónomas, certamente para precaverem-se da não execução ou a execução defeituosa dos contratos¹⁰⁸⁶.

Mas, curiosamente, por incrível que pareça, ela não se encontra tipificada na generalidade dos países europeus, incluindo Portugal, onde se considera ser fruto da prática comercial¹⁰⁸⁷. Em qualquer hipótese, justifica-se a sua aplicação, quanto mais não seja, por via do estabelecido no art.º 405º do CC, o qual determina: “*dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos,*

¹⁰⁸³ Cfr., Maria Jose Reyes Lopez, Fianza y Nuevas Modalidades de Garantia: analisis critico de sus elementos y efectos, comentários y jurisprudência, Valencia, Editorial General Derecho, s/d, p. 40.

¹⁰⁸⁴ Veja-se neste sentido, Ribeiro António Sequeira, Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação, Algumas Questões, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário, Almedina, 2002, p. 292.

¹⁰⁸⁵ É curioso que o AUOG da OHADA não permite que pessoas singulares possam prestar garantias autónomas, sob pena de nulidade. Parece-nos que foi uma forma que o legislador encontrou de proteger o património das pessoas singulares (parágrafo primeiro do art.º 40º).

¹⁰⁸⁶ Mais pormenores acerca da questão em Fátima Gomes, Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação, Direito e Justiça, vol. VIII, T. II, 1994, p. 124.

¹⁰⁸⁷ No entanto, existe bastante doutrina e jurisprudência portuguesa que trata sobre este instituto, veja-se para tanto, o Ac. do STJ de 1 de Junho de 2000, *in* CJ, ano VIII, T. II, 2000, p. 85 e ss.; Ac. do STJ de 20 de Março de 2012; Ac. do STJ de 22 de Maio de 2014, Ac. do STJ de 27 de Setembro de 2016; Ac. da RL de 19 de Janeiro de 2017; Ac. da RP de 19 de Setembro de 2017, *in* www.dgsi.pt; recolhido em 23 de Dezembro de 2017. Pelo contrário, O AUOG da OHADA prevê a garantia bancária autónoma no seu art.º 39º e é definida como a convenção através da qual o garante, por força de uma obrigação subscrita pelo ordenador e sob as instruções deste, se obriga logo que interpelado pelo beneficiário a pagar a este último determinada quantia monetária; No mesmo sentido, França prevê e regula no *code* (art.º 2321º) a garantia autónoma e o mesmo se pode falar de Macau cujo regime consta do Código Comercial, arts. 942º e ss. Pelo contrário, desconhece-se a previsão da figura da garantia autónoma no Direito brasileiro, bem assim na sua doutrina e jurisprudência

celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes cláusulas que lhes aprouver”¹⁰⁸⁸. Efectivamente, daqui sai o seu fundamento sólido, levando em consideração a faculdade de se poder livremente fundar ou estabelecer qualquer negócio, apenas devendo haver subordinação para tal, às exigências que a lei impõe, como resulta do n.º 2 do art.º 280º do CC.

Apura-se, entretanto, que o país com maior contribuição a nível doutrinal e jurisprudencial sobre esta garantia é a Alemanha¹⁰⁸⁹. No entanto, a crescente utilização desta garantia, sobretudo no plano internacional levou a que a Câmara de Comércio Internacional (CCI) aprovasse, em 1978, a Brochura n.º 325, onde estipulava as Regras Uniformes sobre Garantias Contratuais. Mas note-se, embora elas não fossem normas específicas da garantia autónoma, as partes sempre podiam aplicar tais disposições. Porém, desde cedo se constatou que a mencionada Brochura retraía a agilidade própria deste tipo de garantias, razão pela qual, a sua aderência no comércio internacional foi praticamente nula.

Perante tal quadro, nesse mesmo ano, a Inglaterra reconheceu nos seus tribunais autonomia da garantia autónoma, através do caso *Edward Owen Engineering LTD vs Barclays Bank International LTD*. Neste diferendo, o Juiz Lord Denning determinou que “ [...] *há muito se estabeleceu que, quando uma nota promissória é emitida e confirmada por um banco, este deve pagar se os documentos estão em ordem e as condições do crédito satisfeitas... o banco deve honrar o seu crédito, pois caso não o faça é a sua credibilidade que se encontra em risco, caso o pagamento não seja feito sem qualquer contestação [...] o pagamento deve ser feito mediante simples demanda do seu beneficiário, acompanhado ou não de documentos, conforme o estipulado na garantia [...] tudo isto leva a conclusão que a execução desta garantia é equiparável a uma carta de crédito, a ser assim, o banco deve honrar essa garantia de acordo com os seus termos. Não esta em causa as relações entre o fornecedor e o cliente, nem a questão de saber se o fornecedor tenha exercido a sua obrigação. O banco deve pagar*

¹⁰⁸⁸ A garantia bancária autónoma funda-se no princípio da liberdade contratual, constituindo um negócio jurídico atípico. Veja-se neste sentido, Evaristo Mendes, Revista de Direito e de Estudos Sociais, XXXVII, 1995, n.º 1, p. 463 e Pedro Fuzeta da Ponte e Romano Martinez, Garantias de Cumprimento, ob. cit., p. 118.

¹⁰⁸⁹ Explica Inocêncio Galvão Telles, que foi o alemão Rudolf Stammeler que em função do princípio da autonomia privada configurou os contratos de garantia acessórios de uma obrigação principal (fiança) e os autónomos da obrigação primitiva. Veja-se, Garantia Bancária Autónoma, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1991, p. 17.

de acordo com a sua garantia, sem prova ou condições se assim for estipulado. A única exceção verifica-se em situações de fraude de que o banco tem aviso prévio”¹⁰⁹⁰. Com efeito, este constitui o precedente citado pelos tribunais ingleses para justificar a autonomia da garantia bancária autónoma.

Contudo, anos mais tarde, isto é, em 1992 a CCI face ao fracasso da Brochura n.º 325, que a seu tempo já referimos, foi publicada nova Brochura com n.º 458, na qual disciplinava as Regras Uniformes para Garantias à Primeira Demanda (URDG). Assim, inegavelmente, estas novas regras passaram a aplicar-se unicamente a garantia autónoma “à primeira solicitação”. Nestes termos, tal como já o fizera os tribunais ingleses anteriormente, o art.º 2º do URDG determinou que esta constitui uma obrigação autónoma em relação a obrigação principal ou subjacente a esta, cujo pagamento deve ser realizado mediante simples interpelação ao garante, sem necessidade de apresentação de qualquer documento ou sentença. Posteriormente, já em 3 de Dezembro de 2009, surgiu nova versão da URDG, apesar de só ter entrado em vigor em 1 de Julho de 2010. Noutra perspectiva, conhece-se a Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito *Stand-by*, aprovada em 11 de Dezembro de 1995, na qual se difere das regras aprovadas pelo CCI, já que estas últimas apresentam natureza legal, ao passo que as primeiras têm mais propriamente carácter convencional.

Note-se, entretanto, que nos Estados Unidos da América e no Canadá, os bancos e todas as instituições similares ficaram expressamente proibidos de emitir garantias autónomas. Isso deveu-se à denominada “*Quinta-feira negra*” de Wall Street, ocorrência verificada em 24 de Outubro de 1929, da qual resultou a queda traumática da bolsa americana, que levou a ruína milhares de bancos, indústrias e todos os que se tinham impressionado com o mercado de acções. Em consequência, para superar as graves dificuldades, o Congresso Americano, após analisar a origem deste *crash*, principalmente o papel dos bancos, determinou que estes não podiam negociar *securities* onde se incluía a garantia, pelo que foi substituído pelo chamado CBLC “*stand-by letters of credit*”, regulado na Convenção acima mencionada, que, observe-se, segundo entendimento da Suprema Corte dos EUA, não constitui uma garantia de pagamento.

¹⁰⁹⁰ Cfr. www.brickcourt.co.uk, recolhido em 4 de Junho de 2015.

3. Estrutura triangular da operação

I – Em torno da noção de garantia autónoma apresentada, constata-se a existência de três relações jurídicas diferentes. A primeira, constitui a relação jurídica principal que se estabelece entre o credor/garantido e o devedor/ordenante (relação de atribuição), sendo neste contrato que decorrem as obrigações garantidas (contrato-base). A segunda, constitui a relação jurídica estabelecida entre o devedor principal/ordenante e um garante (relação de cobertura) que, como já vimos, geralmente é um banco que se vincula mediante o pagamento de uma comissão. A última, constitui a relação jurídica que advém da celebração do contrato de garantia autónomo estabelecida entre o garante/banco e o credor do contrato-base/garantido, o beneficiário da garantia (relação de execução)¹⁰⁹¹.

Mas, veja-se, não obstante existirem três relações jurídicas que se relacionam entre si, ambas conservam a sua independência, como podemos observar do exemplo que passamos a descrever:

- X está interessado em construir um hotel; para tanto, contrata Y para o fazer; entre estes dois sujeitos é celebrado um contrato de empreitada para a construção do referido hotel. Daqui resulta a primeira relação jurídica, o chamado contrato-base. Todavia, o devedor X obriga-se, desde logo neste contrato-base, a conseguir um banco com robusta reputação internacional que assegure o pagamento de uma exacta e fixa quantia monetária a Y/credor, com vista a acautelar qualquer incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação de X, realidade que pode ser impulsionada através da simples interpelação, caso se convencie a cláusula de “à primeira solicitação”. Assim, é suficiente este singelo acto para accionar o pagamento da quantia acordada. Dá-se por isso como assente que esta configura forma de cumprir o exigido por acordo ou por cláusula prevista no contrato-base, levada em conta a posição de X quando solicita ao banco/garante que, em nome deste último, celebre um contrato de garantia autónoma com Y/credor para assegurar a obrigação. Por via disso, e no próprio texto da garantia que devem contar as contrapartidas e obrigações das partes.

¹⁰⁹¹ Veja-se, Ac. do STJ de 21 de Novembro de 2011; Ac. de 25 de Maio de 2014; Ac. de 23 de Junho de 2016, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 24 de Dezembro de 2017.

Desse modo, temos assim presente a segunda relação jurídica, aquela estabelecida entre o devedor do contrato-base e o garante¹⁰⁹², na qual este último actua em nome próprio, mas por conta do devedor, mas é o banco a responder pela garantia.

É na última relação, a que se estabelece entre o garante e o beneficiário que se encontra a garantia propriamente dita. Nesta relação, são partes o banco/garante e Y, credor do contrato-base, o devedor não o integra. Baseado nisso, uma coisa parece certa, o garante obriga-se a entregar determinada quantia pecuniária ao credor logo que este reclame incumprimento ou o cumprimento defeituoso do contrato de empreitada e junte as provas necessárias para o efeito. Noutros casos, como já ficou dito, até é suficiente a simples interpelação ao garante, se assim foi estipulado. Numa noutra situação, efectuado o mencionado pagamento pelo garante autónomo, extingue-se a obrigação principal, e o garante ficará sub-rogado nos direitos do credor/beneficiário face ao devedor/garantido. Sublinha-se, entretanto, que normalmente o banco beneficia de garantias (fiança, hipoteca, entre outras) prestadas pelo devedor da relação principal para assegurar o reembolso da quantia paga ao beneficiário.

Enfim, a conclusão a partir de tudo isto deve ir no sentido de se compreender que o nascimento da garantia autónoma assenta em três relações jurídicas diferentes e independentes entre si.

4. Garantia autónoma como negócio jurídico unilateral

I – Defende a doutrina e jurisprudência maioritária que a constituição da garantia autónoma se faz por meio de contrato¹⁰⁹³. Nestas circunstâncias, tal como na fiança, parece-nos que a solução para o problema da estrutura negocial da garantia autónoma passa pelo entendimento que se retira do art.º 457º do CC, segundo o qual, a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei. Por consequência, fora deste âmbito (promessa pública, testamento e outros), as obrigações não podem ter

¹⁰⁹² Defende a maioria da doutrina pátria que estamos diante de um contrato de mandato, excluindo as possibilidades de estarmos perante um contrato a favor de terceiro, de prestação de serviços ou de assunção de dívida. Veja-se neste sentido, Ferrer Correia, Notas para o estudo da garantia bancária, ob. cit., p. 248; Duarte Pinheiro, Garantia Bancária Autónoma”, in: ROA, Ano 52, vol. II, 1992, p. 434.

¹⁰⁹³ Veja-se, Ferrer Correia, ob. cit., p. 10 e ss.; Galvão Telles, ob. cit., p. 287; Pedro Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, Garantias de Cumprimento, ob. cit., p. 128; Ac. do STJ de 29 de Abril de 2008, Ac. do STJ de 20 de Março de 2012; Ac. do STJ de 22 de Maio de 2014; A. da RP de 21 de Janeiro de 2016; disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 24 de Dezembro de 2017.

como fonte um negócio unilateral. Aliás, até não se mostra razoável alguém ficar obrigado perante outrem, com base numa simples declaração unilateral de vontade.

Notadamente, se defender-se posição contrária, vai-se ferir o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, o que implicaria a rejeição deste instituto pelo ordenamento jurídico luso.

Assim, seja a que propósito for, a constituição da garantia autónoma implica o encontro de duas manifestações de vontade, a do banco/garante em prestar a garantia e a do beneficiário/credor em aceitá-la (art.º 232º do CC). Em princípio, a aceitação do beneficiário pode ser feita de forma expressa, mas não causa estranheza que seja feita de forma tácita¹⁰⁹⁴, pois até é mais comum. Mas, note-se nada impede que a aceitação tácita seja anterior ou posterior à constituição da garantia. Esta constitui uma afirmação individual. Efectivamente, na celebração do contrato-base é o credor/beneficiário que exige a constituição da garantia; logo tal comportamento manifesta aceitação tácita anterior, pois como se viu é mediante a constituição da garantia autónoma que este assegurará o recebimento de determinada prestação pecuniária em caso de incumprimento total ou parcial da obrigação do devedor; por outro lado, existe aceitação posterior, quando a conduta do credor *a posteriori* mostra a intenção de aceitar a proposta (art.º 234º do CC). Note-se, entretanto, que as circunstâncias especiais do negócio e os usos do comércio jurídico permitem que exista apenas aceitação tácita, sem que tal belisque a natureza contratual do negócio de garantia. Contudo, dúvidas não restam que estamos diante de um contrato não sinalagmático em que se geram obrigações para apenas uma das partes.

No mesmo sentido, declara Francisco Cortez quando diz “ [...] *o facto de a garantia constar normalmente apenas de um documento assinado pelo banco e enviado ao beneficiário, não lhe retira o seu carácter contratual. A aceitação da proposta contratual é necessária mas não tem de ser escrita, uma vez que o contrato não está sujeito a forma especial* ”¹⁰⁹⁵ (art.º 219º do CC).

Porém, em sentido aproximado, António Sequeira Ribeiro, não obstante reconhecer a natureza contratual da garantia autónoma, defende que em certas situações podemos

¹⁰⁹⁴ Veja-se, Jorge Duarte Pinheiro, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles, vol. II, Direito Bancário/2002, Separata, Almedina, p. 431.

¹⁰⁹⁵ Veja-se, Francisco Cortez, Garantia Bancária Autónoma – Alguns problemas, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, vol. II, Julho 1992, ob. cit., p. 529.

estar perante um negócio jurídico unilateral, mas por força do costume internacional¹⁰⁹⁶. Esta não deixa de constituir mais uma perspectiva; pois verifica-se na prática que o banco emite uma declaração a dar a conhecer ao credor/beneficiário da constituição da garantia a seu favor, e normalmente não espera a aceitação deste, nem a declaração do garante é expedida nesse sentido. Isso podemos constatar do previsto no art.º 6º do URDG, na qual se extrai que o comum é a emissão pelo banco de declaração que não carece de aceitação do beneficiário e tal não influencia a produção dos seus efeitos. Neste sentido, explica Sequeira Ribeiro que “ [...] *esta observação do tipo social torna-se necessária até para se poder chegar à conclusão que aqueles negócios criados e usualmente utilizados pelos agentes económicos são contrários à ordem jurídica estabelecida. Não pode pois o observador ao transmitir os resultados do seu trabalho apresentar a figura não tal como ela se encontra «no terreno», mas já de acordo com aquela que ele acha que é melhor ou que face às normas legais vigentes deva ser*”¹⁰⁹⁷.

Com estas apreciações, insiste-se, sempre levamos em conta que a garantia autónoma constitui um contrato não sinalagmático.

5. Garantia simples e garantia à primeira solicitação

I - Nas entrelinhas do nosso estudo já nos referimos acerca das modalidades de garantia bancária autónoma. Contudo, cumpre agora identificá-las com maior rigor. Com efeito, é comum distinguir-se entre garantia autónoma simples e garantia autónoma à primeira solicitação “*on first demand*”¹⁰⁹⁸. Na primeira modalidade, o credor/beneficiário para exigir o cumprimento da garantia ao banco/garante é antes obrigado a provar a ocorrência dos pressupostos que constituem o seu direito, isto é, tem de provar que existe incumprimento ou cumprimento defeituoso perpetrado pelo devedor. Ao passo que, na garantia à primeira solicitação, o credor não tem esse ónus; ou seja, não é obrigado a provar o incumprimento ou cumprimento defeituoso do devedor. Por essa razão, basta-lhe para tanto interpelar o banco e reclamar o seu pagamento. Todavia, nada impede o banco de recusar tal interpelação e efectuar o que lhe é exigido, na hipótese de não se demonstrar a existência dos pressupostos do incumprimento por parte do devedor.

¹⁰⁹⁶ António Sequeira Ribeiro, *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação*, ob. cit., p. 383 e ss..

¹⁰⁹⁷ António Sequeira Ribeiro, *Garantia Bancária Autónoma*, ob. cit., p. 392.

¹⁰⁹⁸ “a prima richiesta” como no Direito italiano.

Repare-se, entretanto, que para existir a garantia autónoma à primeira solicitação é necessário que esteja previsto de forma expressa no contrato de garantia a cláusula de “à primeira solicitação”¹⁰⁹⁹. Porém, no silêncio das partes, estar-se-á perante uma garantia autónoma simples e deve o credor/beneficiário comprovar a existência dos factos que fazem surgir o seu direito. Mas importa desde logo assinalar, que tal exigência pode trazer inúmeros transtornos ao credor, razão pela qual se criou a cláusula “à primeira solicitação”, cujo impulso partiu dos bancos que não pretendiam ficar com ingrata tarefa de ter de verificar a existência dos factos originários do direito do beneficiário¹¹⁰⁰.

II – Neste sentido, porém, não são poucas as vezes que se torna difícil descortinar se estamos diante de uma garantia autónoma ou de garantias acessórias. Aliás, foram os tribunais franceses os primeiros a chamar a atenção para essa situação quando eram confrontados com garantias cujo conteúdo não era preciso, pois continham termos como “pagáveis a primeira solicitação”, “incondicionalmente”, “à primeira demanda”.

Por ser assim, muitas foram as vezes que tais tribunais francófonos consideraram estar-se diante de uma fiança e não de garantia autónoma. Entre vários casos, como exemplo, temos o julgado em 27 de Setembro de 1983, pela *Court d'Appel de Paris*, na qual este tribunal considerou que o facto de não constar da garantia a expressão “à primeira demanda” para se efectuar a execução, deveria o beneficiário juntar prova escrita das faltas cometidas pelo devedor no contrato-base. No final, o tribunal decidiu que se tratava de uma fiança e não de uma garantia autónoma¹¹⁰¹.

No nosso direito pátrio, o exemplo decorre do Ac. do STJ de 28 de Setembro de 2006¹¹⁰².

No caso concreto, B por apenso a acção de execução instaurada por A, alegou em síntese que a garantia autónoma dada à execução não tinha cláusula de “à primeira

¹⁰⁹⁹ Conforme nos considera Januário da Costa Gomes, A Chamada “Fiança ao Primeiro Pedido”; veja-se, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 833 e ss., p. 836 e ss..

¹¹⁰⁰ Veja-se mais sobre o assunto em Almeida Costa e Pinto Monteiro, Garantias Bancárias: o contrato de garantia à primeira solicitação, *in* CJ, ano XI, Tomo V, 1986, pp. 15 -18.

¹¹⁰¹ Cfr., Dominique Lechien e Martine Regout-Masson, *Les Sûretés Internationales*, ob. cit., p. 409 e ss..

¹¹⁰² Ac. do STJ de 28 de Setembro de 2006, proc. n.º 06A2412, no qual foi Relator Afonso Correia; no mesmo sentido Ac. do STJ de 20 de Março de 2012; Ac. do STJ de 22 de Maio de 2014, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 25 de Dezembro de 2017.

solicitação” e não constituía título executivo. Efectivamente, B apenas assumiu a qualidade de fiador do devedor principal. Em contestação aos embargos, A declarou que não fazer sentido classificar a garantia autónoma como fiança, até porque se estipulou um prazo de validade.

Logo depois, entendeu o tribunal de 1ª instância que a questão fundamental a decidir residia em saber se o documento dado a execução constituía título executivo; e uma segunda questão, se tal documento constituía uma fiança ou uma garantia autónoma. Na sequência, concluiu-se que pela análise do teor do documento, ao contrário do defendido por A/Embargado, não existia qualquer cláusula que permitisse interpretar que a garantia foi assumida “à primeira solicitação”. Mas também não deixa de reconhecer que não se estava perante uma fiança, mas antes perante uma garantia autónoma simples, pois no texto da garantia não se fez a menção da palavra fiança ou fiança bancária, somente garantia bancária. Por outro lado, considerou não fazer qualquer sentido a estipulação de um prazo de validade da fiança, como se fez no texto da garantia; já que, um declaratório normal colocado na situação de A/Embargado, interpretaria no sentido de o documento em causa constitui uma garantia autónoma.

Foram, assim, os embargos julgados improcedentes. Inconformado B/banco recorreu da decisão, alegando em síntese que a douda sentença deu como assentes e com interesse para a causa apenas dois factos, a subscrição do documento intitulada garantia bancária e o facto de A/embargado solicitar o pagamento da quantia referenciada no documento mencionado, alegando incumprimento por parte do mandante da garantia. Em contra-alegações, A/Embargado, voltou a asseverar tratar-se de garantia bancária autónoma, pois a simples utilização da expressão “garantia bancária” devia ser tida como presunção na qual as partes quiseram dar corpo a uma garantia bancária autónoma, pelo que devia ser o documento interpretado nos termos do n.º 1 do art.º 236º do CC; além de que, o facto de ser sido aposto um prazo de validade constituía prova inequívoca de que eram uma garantia autónoma, pois a fiança mantém-se, por regra, enquanto a obrigação principal não for cumprida.

Por sua vez, o STJentendeu que a questão de saber se em determinado caso existe uma fiança ou uma garantia autónoma é um problema a solucionar em sede da interpretação da vontade das partes, atentas as cláusulas da garantia, as circunstâncias da situação concreta e os usos comerciais, sendo certo que não haverá lugar a interpretação da vontade das partes quando o banco se compromete a pagar “à primeira solicitação”.

Em caso de dúvida, disse ainda aquela corte, no negócio de garantia presume-se estar diante de uma fiança, em virtude de ser o tipo considerado na lei.

A nosso ver, não constando do texto da garantia qualquer declaração do banco a renunciar a invocação das exceções do contrato-base, embora não seja uma declaração indispensável, tem contudo o benefício prático de demonstrar que não estamos perante uma fiança.

Por outro lado, colocou-se uma série de interrogações, designadamente, se era realmente uma garantia autónoma, qual a razão de se escrever no texto apenas garantia bancária? E porque não contrataram a exclusão de alegação, pelo garante, de exceções derivadas do contrato-base? E porque não incluíram a vulgar cláusula à primeira interpelação? Além disso, a lei não impõe que a fiança acompanhe toda a vida do contrato, e nada obsta que se estipule um prazo para o fiador se libertar da garantia.

Com todas as dificuldades acima referidas, quanto a nós, concluiu - e bem - o STJ, pois ao transformar-se a garantia bancária simples em garantia autónoma, e fazê-la equivaler a garantia automática, apesar de não conter qualquer cláusula nesse sentido, ou só por ter sido prestada por um banco, e convertê-la em garantia autónoma à primeira solicitação, é atraiçoar a liberdade contratual e impor a uma das partes obrigações que ela não contratou. Neste caso, existindo dúvidas, presume-se estar diante de uma fiança. Aliás, por aqui se arribou o douto Tribunal, e julgou procedente a oposição por embargos, assim como a consequente extinção da acção executiva.

6. Características do contrato de garantia autónoma

I – No instituto da garantia autónoma figura como característica fundamental a autonomia, que consiste na inoponibilidade de exceções por parte do banco/garante ao credor/beneficiário que resultem tanto da relação de atribuição como da relação de cobertura. Por outras palavras, quer-se dizer que a garantia autónoma goza de autonomia relativamente a obrigação principal e, por ser assim, esta não tem de se moldar as vicissitudes do contrato principal; isto é, a validade e existência da obrigação principal não influênciam a validade e a existência da garantia. No mesmo sentido, a autonomia corresponde a impossibilidade do garante opor ao credor/beneficiário qualquer meio de defesa decorrente da obrigação principal ou da relação entre o garante e o devedor.

Nestas circunstâncias, não pode o banco opor-se ao pagamento com o fundamento na nulidade, anulação, diminuição do valor ou qualquer excepção que derive da relação-base ¹¹⁰³, ao contrário do que ocorre na fiança (n.º 1 do art.º 637º do CC). Em consequência, os meios de defesa do garante são somente os que constam do texto da garantia.

Diante do que se expôs, será que estamos em condições de afirmar que existe autonomia absoluta da garantia autónoma?

Ora, constitui facto assente que o garante recebe uma comissão para, na eventualidade de ocorrerem certas situações, pagar uma determinada quantia pecuniária a terceiro, constituindo-se, desse modo, credor do garantido. A ser assim, desde logo, este contrato de garantia autónoma tem como fundamento o contrato principal. Não obstante isso, à primeira vista, a garantia autónoma parece gozar de independência plena em relação ao contrato principal, isto é, parece ter vida própria; porém, esta autonomia está longe de ser absoluta, pois na verdade podemos considerá-la como limitada, acima de tudo porque não existe inoponibilidade a todas as excepções exteriores ao contrato de garantia. E este constitui argumento que se julga intransponível, decorrente dos motivos alegados. Assim sendo, questiona-se quais os meios de defesa poderá o garante lançar mão quando interpelado pelo credor/beneficiário para cumprir a obrigação, sem que abale a essência deste instituto.

Como examinaremos de seguida, além das excepções próprias do contrato de garantia, conhecem-se as excepções que se referem ou têm a sua origem no contrato-base, tal como a excepção da violação da ordem pública e dos bons costumes, da fraude ou o abuso do direito evidente.

Inserem-se como exemplos de excepções derivadas do próprio contrato de garantia que podem ser utilizadas pelo banco contra o beneficiário ¹¹⁰⁴, as situações nas quais o garante reclama o cumprimento da garantia após a data do seu vencimento, sendo aqui lícita a recusa do banco, caso o fundamento se apoie na caducidade da garantia autónoma.

¹¹⁰³ Neste sentido, Ac. do STJ de 21 de Abril de 2010, Ac. do STJ de 22 de Março de 2007; Ac. do STJ de 20 de Março de 2012, todos disponíveis em www.dgsi.pt, recolhido em 25 de Dezembro de 2017.

¹¹⁰⁴ No mesmo sentido, o regime do AUOG da OHADA determina que uma vez o garante interpelado para cumprir a obrigação não pode opor qualquer excepção fundada no contrato-base, somente as previstas no contrato de garantia (parágrafo segundo do art.º 40º).

Na verdade, parece-nos compreensível que tratando-se de garantia autónoma simples, se dentro do prazo de validade da garantia não se demonstrar a existência dos pressupostos do incumprimento por parte do devedor, ou tratando-se de garantia autónoma à primeira solicitação, no caso de o credor não interpelar o banco para cumprir a mencionada garantia dentro do prazo para a sua execução, considera-se a garantia caducada por vencimento do prazo, ficando o garante autónomo desonerado da obrigação.

Por outro lado, mostra-se também lícito ao garante a recusa do cumprimento da obrigação, quando o credor exige uma prestação pecuniária superior àquela previamente acordada. Efectivamente a este cabe apenas pagar o estabelecido no texto da garantia¹¹⁰⁵, como não podia ser de outro modo.

Com efeito, em todas as situações nas quais a solicitação para o pagamento não seja feita nos termos dispostos no texto da garantia, pode o banco declinar o pagamento. Mas, note-se, neste domínio, fizemos apenas referência a alguns exemplos que correspondem a relação entre o banco e o beneficiário e, por ser assim, entende-se que possam ser arguidas a todo o tempo.

Entretanto, além das excepções derivadas propriamente do contrato de garantia, parece-nos significativo sublinhar o facto de que em todas as situações pelas quais o contrato-base viola a ordem pública, é permitido ao garante opor ao beneficiário a excepção da invalidade do contrato de garantia, visto que a sua função é garantir o contrato-base¹¹⁰⁶. Com efeito, ilicitude do contrato base transmite-se para o contrato de garantia, ficando este também ilícito.

Assim, por exemplo, quando o objecto do contrato principal consubstancia-se no tráfico de drogas, no tráfico de seres humanos ou de órgãos humanos, entre outros, pode o garante recusar o cumprimento do que está adstrito e desvincular-se da garantia, com fundamento no facto da ilicitude da causa do contrato-base contaminar o contrato de garantia autónoma¹¹⁰⁷, pois aqui colide-se com os valores de ordem pública e dos bons costumes.

¹¹⁰⁵ Neste sentido, Ac. do de 29 de Novembro de 2007, Relator Granja da Fonseca, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 15 de Agosto de 2016.

¹¹⁰⁶ Neste sentido Galvão Telles, *Garantia Bancária Autónoma*, ob. cit., p. 28.

¹¹⁰⁷ Veja-se, Ferrer Correia, *Notas para o Estudo da Garantia Bancária*, ob. cit., p. 16.

Mas em sede destas considerações, será que nos encontramos perante a violação da ordem pública internacional ou da ordem pública interna do Estado do banco/garante?

Pois bem, embora alguma doutrina defenda uma posição extrema, segundo a qual só existe excepção de ilicitude quando se viole a ordem pública internacional¹¹⁰⁸, pensamos nós que a posição a adoptar deverá ser mais ampla, porquanto a ilicitude do contrato de garantia deve ser arguida em conformidade com o ordenamento jurídico do país do garante, salvo estipulação em contrário. Ao pensar-se de forma contrária, estaríamos, sem dúvida, a contrariar um conjunto de normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos, mercê da vontade das partes.

Para além do mais, constitui *facto assente* que nas situações de manifesta fraude ou abuso evidente, pode o garante recusar-se a efectuar o pagamento a que está vinculado, sob pena de não poder sub-rogar-se nos direitos do credor face ao devedor.

Não se pode, contudo, a esse respeito deixar de assinalar que existem princípios no Direito com a função de restringir a autonomia da vontade das partes e limitar o abuso do direito e a fraude nos negócios jurídicos, de modo não só a proteger o interesse privado, mas também o interesse público, ainda que neste último caso o faça indirectamente. Por essa razão, não podem as garantias autónomas violar brutalmente tais princípios. Nestes termos, como até se pode compreender, é ilegítimo o exercício de qualquer direito que exceda manifestamente os limites definidos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito (334º e 772º do CC).

Todavia, não basta a suspeita de fraude clamorosa, ostensiva ou abuso evidente. Considera-se essencial que o garante/banco apresente prova líquida e inequívoca dessa fraude ou do abuso do direito no momento da solicitação para se pagar o beneficiário. A título exemplificativo, pode deixar-se como referência a situação na qual o beneficiário afirma que a edificação do hotel, objecto do contrato-base, não foi realizada; por esse motivo, interpela o banco para efectuar o pagamento a que se obrigou no contrato de garantia.

¹¹⁰⁸ Veja-se neste sentido Bennati, citado por Francisco Cortez, *Garantia Bancária Autónoma*, ob. cit., p. 604.

Ora, em tal caso, para refutar a posição do beneficiário, é fundamental que o garante apresente prova documental consistente e de fácil interpretação¹¹⁰⁹, com vista a demonstrar que o contrato-base foi cumprido; só deste modo se confirmará o abuso do direito ou a má-fé do beneficiário^{1110 1111 1112}.

Na verdade, não basta a suspeita da existência de fraude ou de abuso evidente do beneficiário, pois dessa maneira frustrar-se-ia o escopo da garantia “à primeira solicitação”.

Todavia, é comum questionar-se qual seria então prova líquida e inequívoca?

Nos seus ensinamentos, Galvão Telles exige que a prova seja documental e esteja em poder do banco/garante¹¹¹³, como aliás já demonstramos no exemplo acima. Em posição contrária, Ferrer Correia defende que a prova líquida e inequívoca pode ser afastada quando a fraude manifesta ou o abuso evidente constituem um facto público e notório¹¹¹⁴. Nestes casos, defende este autor, o garante pode recusar o pagamento, mesmo sem ter em seu poder prova documental¹¹¹⁵.

Note-se, entretanto, que estes exemplos são situações extremas, ou melhor inaceitáveis no Direito, pois violam princípios cogentes, embora se esteja longe de considerar esta garantia como acessória, tal como a fiança, já que está absolutamente fora de dúvida que o núcleo desta dúctil garantia constitui mesmo a sua autonomia.

¹¹⁰⁹ Veja-se, Ac. da RL de 11 de Dezembro de 1990, publicado no BMJ n.º 423, 1993, p. 134 e ss..

¹¹¹⁰ Veja-se mais pormenores sobre a questão em Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 141 e ss..

¹¹¹¹ A Convenção das Nações Unidas sobre Garantias Independentes e Letras de Crédito Stand-by, adoptada nos Estados Unidos da América e no Canadá determinam no seu art.º 19º as situações susceptíveis de originar a recusa do garante em cumprir a obrigação.

¹¹¹² Veja-se neste sentido, Ac. da RP de 04 de Novembro de 2008; Ac. da RL de 19 de Janeiro de 2010, disponíveis em www.dgsi.pt, visualizado em 15 de Agosto de 2015.

¹¹¹³ Veja-se, Galvão Telles, *Garantia Bancária Autónoma*, ob. cit., p. 290.

¹¹¹⁴ Veja-se, Ferrer Correia, *Notas para o Estudo da Garantia Bancária*, ob. cit., p. 22.

¹¹¹⁵ A nossa jurisprudência também se divide, como se pode verificar da posição defendida por Ferrer Correia, Ac. da RL de 13 de Dezembro de 1990, *Colectânea de Jurisprudência* Ano XV – 1990, Tomo V, p. 136; em posição contrária, Ac. da RL de 11 de Dezembro de 1990, publicado no BMJ n.º 423, 1993, p. 134 e ss.; Ac. da RP de 04 de Novembro de 2008, Relator Cândido Lemos, em www.dgsi.pt, determina que “[...] embora seja lícita a oposição com fundamento em abuso de direito ou violação dos princípios da boa-fé, todavia terá de ser invocado abuso ou violação grosseira oferecendo logo prova inequívoca dos mesmos. Não basta para tal alegar o incumprimento da relação subjacente à emissão da garantia”; Ac. da RP de 10 de Abril de 2008, Relator Freitas Vieira, em www.dgsi.pt, recolhido em 6 de Junho de 2015.

II - A par disso, outra questão sobressai: verificado pelo garante a existência de fraude manifesta ou abuso evidente, tem este o dever jurídico ou a faculdade de recusar efectuar o pagamento ao beneficiário?

Diz-nos Ferrer Correia, que se o banco tem prova documental do abuso do direito ou tal constitui facto público e notório, o banco tem o dever jurídico de recusar o pagamento, sob pena de perder o seu direito de regresso contra o mandante; contudo, se efectuou o pagamento desconhecendo a existência do abuso do direito, obviamente tem o direito a ser reembolsado pelo devedor ¹¹¹⁶. No mesmo sentido, Duarte Pinheiro afirma que nestas situações, quando é legítima a recusa pelo garante e mesmo assim este paga, perde logo o direito de regresso contra o mandante ¹¹¹⁷, uma vez que não agiu em execução do mandato como prescreve o art.º 1182º do CC; antes pelo contrário, actuou contra o mandante ao efectuar o pagamento indevido. Nestas situações, pode o garante agir contra o beneficiário nos termos do art.º 289º do CC, onde o regime aplicável permite que o contrato de garantia possa ser declarado inválido. Quando isso acontece, o beneficiário deve restituir tudo o que lhe foi prestado.

Neste particular, cumpre também levar em conta a posição de Mónica Jardim, para quem o banco enquanto mandatário deve recusar realizar a prestação pecuniária a que está adstrito em duas situações: quando tem prova líquida e inequívoca do abuso do direito pelo beneficiário; e quando a solicitação para o pagamento não foi realizada nos termos expostos no texto da garantia. No entanto, acresce ainda esta autora, quando o objecto do contrato-base é ilícito por violação da ordem pública ou dos bons costumes, nos termos da lei do país que regula o contrato de garantia ou quando o contrato é inválido por razões respeitantes a ele próprio, o banco pode recusar o pagamento, embora não tenha esse dever ¹¹¹⁸. Por conseguinte, nestas situações subentende-se que o garante se pagar deve ser reembolsado pelo mandante, ao contrário das situações referidas pela autora lusa.

Deste modo, parece-nos ser de aceitar a distinção feita por esta autora, mostrando-se cabível que se o mandatário cumprir com o que lhe foi adstrito, deve ser reembolsado pelo mandante nas situações pelas quais o contrato-base celebrado entre o devedor e credor é contrário a ordem pública e aos bons costumes. E, de facto, se o

¹¹¹⁶ Veja-se, Ferrer Correia, *Notas para o Estudo da Garantia Bancária*, ob. cit., p. 257.

¹¹¹⁷ Veja-se, Duarte Pinheiro, *Garantia Bancária*, ob. cit., pág. 455.

¹¹¹⁸ Veja-se, Mónica Jardim, *A Garantia Autónoma*, ob. cit., p. 281 e ss..

devedor é que incumbiu o banco de celebrar contrato de garantia para assegurar outro contrato cujo objecto é ilícito, nada mais razoável que o garante por cumprir a obrigação se sub-rogue nos direitos no credor face ao devedor e, assim, garantir o seu direito de regresso.

Em determinadas situações, porém, a alteração anormal das circunstâncias pode ser considerada como um dos casos em que os bancos se podem opor à execução da garantia autónoma, por exemplo, se o objecto do contrato-base for uma empreitada e o devedor se vê impedido de edificar a obra por motivos de guerra¹¹¹⁹.

Acontece, todavia, porém, que muitos são os bancos que logo à primeira solicitação do beneficiário optam por cumprir a obrigação a que se vincularam sem, para tanto, verificarem a existência de qualquer fraude ou abuso de direito por parte do garantido. Nestas situações, apesar de colocarem em risco o seu direito de regresso contra o devedor, consideram, sobretudo, que é sempre mais vantajoso conservarem a sua reputação no comércio internacional e, conseqüentemente, impedirem o enfraquecimento desta garantia e de todos os benefícios que esta arrasta.

Diante desta realidade, questiona-se a possibilidade do devedor poder ou não agir contra o banco/garante na defesa dos seus direitos.

Ora, tendo por base o que atrás se disse, sempre que o devedor tem em seu poder prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário, pode instaurar em sede arbitral ou judiciária procedimentos cautelares com a finalidade de impedir que o banco pague ou, por outro lado, exigir o seu direito de regresso; contudo essas medidas devem ser tomadas num momento posterior à solicitação pelo beneficiário, uma vez que só depois desta se será possível verificar a existência de fraude ou abuso de direito. No entanto, Mónica Jardim considera que para se instaurar uma providência antes da solicitação para pagamento, é fundamental que o devedor prove que cumpriu as obrigações do contrato-base e que mesmo assim o beneficiário pretende accionar a garantia¹¹²⁰.

Devemos, por isso, apurar como ocorre na prática, inflectindo a nossa análise para a jurisprudência.

¹¹¹⁹ Veja-se neste sentido Ac. da RL, de 17 de Fevereiro de 2012, proc. n.º 376/12.7TVLSB-A.L1-6, Relator Fátima Galante, em www.dgsi.pt, recolhido em 6 de Junho de 2015.

¹¹²⁰ Veja-se, Mónica Jardim, A Garantia Autónoma, ob. cit., p. 338.

Dando tradução a este entendimento, vamos apresentar resumidamente o problema resolvido pela RL, Ac. de 23 de Fevereiro de 2010, no qual foi indeferida a providência cautelar instaurada com a finalidade de impedir a execução da garantia autónoma¹¹²¹.

Em tal caso, A instaurou procedimento cautelar comum contra B e C, tendo pedido em síntese o seguinte:

Que B se abstinhasse de prosseguir com o pedido de pagamento de uma garantia bancária emitida por C, até decisão com trânsito em julgado da acção que A iria instaurar contra B e consequentemente fosse C notificada para não proceder ao pagamento. Em alternativa, caso se viesse a decidir pela improcedência do atrás requerido, fosse C notificado para proceder ao depósito da quantia em causa à ordem deste tribunal. Perante isso, deve-se então conhecer que A celebrou com B um contrato de empreitada e C prestou a B, a pedido de A, uma garantia autónoma. Posteriormente, B comunicou a A que enviou a C carta de execução dessa garantia, por ter resolvido o referido contrato de empreitada.

Dessa maneira, considerou A que o comportamento de B foi abusivo e revelador de má-fé, pois a relação contratual garantida constituía objecto de litígio no tribunal arbitral, e assim B pediu que fosse declarada válida e eficaz a resolução do contrato por si celebrado. Por sua vez, C/banco, limitou-se a declarar que desconhecia o contrato-base, pelo que devia aguardar a decisão que viesse a ser proferida. Em resposta, B argumentou, em síntese, que não se encontravam reunidos os requisitos legais exigidos para o abuso evidente ou fraude.

Pelo exposto, o tribunal *a quo* veio a determinar o indeferimento da providência cautelar movida por A contra B e C.

Em seguida, A insatisfeito com a decisão judicial, dela apelou e concluiu que: o tribunal *a quo* desconsiderou os factos provados através da prova documental oferecida aos autos e declarou não existir fraude ou abuso de direito evidente por parte de B; por outro lado, desconhecendo-se o desfecho do processo no tribunal arbitral, não se mostrava legítimo que B pretendesse executar a garantia ainda que à primeira solicitação; acresceu ainda, que a garantia bancária fixa o montante de € 92.525,22, ao

¹¹²¹ Veja-se, Ac. de 23 de Fevereiro de 2010, proc. n.º 5714/09.7TVLSB.L1-7, onde foi Relator Abrantes Geraldês, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 6 de Junho de 2016.

passo que A era credora de B no valor de € 2.245.772,00, pelo que por si só, constituía fundamento suficiente para impedir a execução da garantia autónoma, uma vez que a desproporção indicava claramente abuso de direito, fraude e má-fé presentes no comportamento de B.

Entendeu, por sua vez, a RL que a questão submetida à sua apreciação passava por averiguar se a matéria de facto alegada por A era susceptível de justificar a adopção de uma providência cautelar inibitória que impedisse a execução da garantia bancária à primeira solicitação.

Perante isso, a RL declarou que a garantia bancária autónoma é uma forma contratual típica quanto à sua existência e atípica quanto a sua regulamentação, cujos contornos devem ser encontrados com recurso ao regime geral das obrigações, sem prejuízo da sua vertente jurisprudencial e doutrinal, bem assim dos usos bancários.

Conjugados esses elementos, cumpre dizer em abono da decisão judicial, que, em regra, os efeitos as garantias bancárias não podem ser perturbados pela intervenção de medidas cautelares que se traduzam na inibição do garante de entregar a quantia garantida ou na inibição do beneficiário executar a garantia. Contudo, existem excepções a esta regra que, embora devam ser reduzidas ao mínimo, não permitem que se violem os princípios gerais do Direito, funcionando estes naturalmente como um travão de aplicação directa.

Nestes termos, declarou ainda a RL que, tomada em consideração a especial natureza desta garantia, verifica-se que a prolação de uma providência cautelar para além de estar condicionada à verificação de requisitos rigorosos, designadamente da existência de má-fé, abuso do direito evidente ou fraude, deve também ser precedida da apresentação de prova pronta, líquida, irrefutável, ou seja, sustentada em elementos de prova que, pela sua natureza intrínseca (testemunhas) ou pelo seu conteúdo (documentos), não sejam susceptíveis de revelar a ocorrência de algumas das excepções mencionadas. Neste rumo, Duarte Pinheiro realça a propósito do recurso a procedimentos cautelares, que para evitar a execução de garantias bancárias autónomas, *“o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excepcionais, decalcadas dos casos de recusa legítima de pagamento”*, de tal modo que *“o depoimento do dador e a prova testemunhal são insuficientes. A chamada prova líquida é indispensável”*. Sufragamos esta posição.

Considerou ainda a RL que na situação em análise, A alegou a existência de um litígio entre as partes acerca do contrato de empreitada, litígio esse que estava em discussão no âmbito de um processo pendente no tribunal arbitral. Mas defendeu que, este facto por si só, não justificava a paralisação dos efeitos da garantia autónoma à primeira solicitação. Além de que, a extensa documentação apresentada por A e B não era elucidativa quanto à existência de motivos para a resolução do contrato de empreitada declarado por B, assentando o fundamento na existência de defeitos na obra executada e nos atrasos na sua execução, questões que aliás estavam em discussão noutro processo. Acresceu ainda este tribunal, de modo a evitar que os argumentos apresentados por A não ficassem sem resposta, que os factos invocados não se ajustavam aos limites apertados das excepções possíveis de se oporem à execução da garantia autónoma. Assim, fez ver que para além de não ter existido qualquer vestígio de comportamento fraudulento de B, também a matéria alegada se mostrava insuficiente para integrar uma situação de abuso do direito evidente; por isso que nem sequer ficou visível a alegação de A acerca da desproporção entre o alegado crédito no qual era detentor B e o valor da garantia bancária que esta pretendia exercer.

Diante do exposto, considerou a RL improcedente a apelação, confirmando a decisão do Tribunal *a quo*.

No entanto, em outro Ac. deste mesmo tribunal de 25 de Outubro de 2012¹¹²², foi julgada procedente a medida cautelar instaurada a fim de sustar a execução da garantia autónoma.

No caso em referência, a massa insolvente de A, representada por B, veio intentar procedimento cautelar comum contra C, onde pediu que este último se abstivesse de pagar qualquer quantia que fosse solicitada pela beneficiária da garantia autónoma D, e esta se recusasse a accionar a garantia autónoma.

Para tanto, alegou em síntese que, em 7 de Junho de 2009, C a pedido de A prestou a favor de D uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação, de modo a para assegurar o cumprimento de um contrato de empreitada celebrado entre A, como empreiteira, e D como dona da obra. Assim, C constitui-se principal pagadora de quaisquer importâncias até ao limite de € 470.000,00, desde que fossem devidas por A à

¹¹²² Cfr. Ac. da RL de 25 de Outubro de 2012, proc. n.º 1482/12.3TVLSB-B.L1-6, onde se apresentou como Relator Maria de Deus Correia, disponível em www.dgsi.pt, recolhido em 7 de Junho de 2016.

D na referida empreitada. A obra foi realizada e entregue a D, por acordo, em 17 de Dezembro de 2010. Entretanto, D contactou C com vista a accionar a garantia.

Acerca disso, o Tribunal *a quo* decidiu que C devia abster-se de proceder ao pagamento de qualquer quantia solicitada por D e, esta última, devia por sua vez abster-se de accionar a mencionada garantia.

Inconformada com a decisão D interpôs recurso, alegando resumidamente que os documentos juntos aos autos não constituíam prova pronta, líquida e inequívoca, mas apenas prova indiciária, pelo que se perverteu a função e natureza da garantia bancária autónoma, irrevogável e à primeira solicitação que A entregou D e pela qual C se tornou garante. Portanto, A não conseguiu provar quaisquer factos que consubstanciavam má-fé ou abuso do direito.

Por sua vez, a RL determinou que as questões que importava conhecer, constituíam a reapreciação da matéria de facto e admissibilidade de intentar providência cautelar destinada a impedir o accionamento da garantia autónoma à primeira solicitação.

Nesta acepção, considerou a RL que estava de facto provado que a obra foi entregue por A e aceite por D em 17 de Dezembro de 2010; por outro lado, considerou nada obstar que a prova líquida e inequívoca pudesse ser produzida de outro modo que não fosse pelas formas legalmente previstas, designadamente testemunhal e documental. Disse ainda assim o referido Ac., que o banco garante não podia imiscuir-se nos litígios entre o devedor e o beneficiário, não tendo de tomar posição a favor de um ou de outro; este devia paga sem discutir, para posteriormente o devedor reembolsar o garante, também sem discutir. E somente, por último, entre o devedor e o credor se devia estabelecer controvérsia, se a ela houvesse lugar, cabendo ao devedor o ónus de demandar judicialmente o credor para reaver o que desembolsou, caso a dívida não existisse e ele portanto não fosse, afinal, verdadeiro devedor. Embora, disse ainda o douto tribunal, existam situações em que é lícito ao garante recusar o pagamento, nomeadamente quando se ferem os princípios fundamentais que enformam a ordem jurídica.

Com estes argumentos, concluiu a RL que a matéria dada como provada não resultava qualquer indício de que a execução da garantia apresentava violação flagrante e inequívoca das regras da boa-fé, ou integrasse uma manifestação fraudulenta, pois o simples facto de ter havido entrega da obra e aceitação da obra não impedia que

houvesse algum fundamento que tornasse legítima a execução da garantia. Na sequência, fez ver que se podia imaginar várias situações possíveis, desde o incumprimento contratual segundo os prazos acordados, ao posterior conhecimento de defeitos da obra; porém, não se provaram quaisquer factos dos quais se pudesse concluir a má-fé ou abuso do direito de D.

Por via disso, a RL julgou procedente o recurso e, por consequência, revogou a decisão recorrida, indeferindo a providência cautelar requerida.

III - Outra das características desta garantia, embora seja eventual, é a sua automacidade, que em nada se confunde com a sua autonomia. Desse modo, tal como já fizemos referência, todas as garantias “bancárias autónomas” são autónomas; porém, só as que incluem a cláusula “à primeira solicitação” é que são automáticas, circunstância pela qual as faz atingir o auge da sua autonomia¹¹²³.

Portanto, as que não incluem a cláusula “à primeira solicitação” são as denominadas de garantias autónomas simples, como até dissemos anteriormente quando abordamos as modalidades de garantia autónoma. Assim, remetemos para as considerações lá deduzidas¹¹²⁴.

Outra questão de especial relevância é que a garantia autónoma não tem o mesmo conteúdo da obrigação principal, ao contrário da fiança (art.º 634º do CC). Pois, a garantia autónoma consiste numa prestação pecuniária, ao passo que a obrigação garantida pode ser uma prestação de facto.

7. Execução do contrato de garantia

I - Antes de tudo, convém realçar, não obstante considerar-se que se apresenta indispensável a forma escrita nos contratos de garantia bancária autónoma, parece-nos ser quase impossível a inexistência de documentos escritos neste negócio, como até defende Pedro Romano Martinez¹¹²⁵.

¹¹²³ No Ac. do STJ de 11 de Novembro de 1999, proc. n.º 871/98, parece-nos que ocorreu ligeira confusão entre a autonomia da figura e a automacidade ao determinar que “ Trata-se de questão a resolver em sede de interpretação da vontade das partes”, pois não existe a cláusula à primeira solicitação “cuja estipulação indicia logo a qualificação da garantia prestada como autónoma” veja-se em www.stj.pt.

¹¹²⁴ Supra p. 353 e ss., do nosso estudo.

¹¹²⁵ Veja-se, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Garantias de Cumprimento, ob. cit., p. 130.

Neste particular, julgamos nós que por se tratar de um negócio de elevado risco, é imprescindível que a declaração do garante seja reduzida a forma escrita; em contrapartida, a declaração do beneficiário não necessita de tal formalidade, como por sinal já adiantamos mais acima, podendo desse modo ser prestada tacitamente.

Correspondente a isso, por via de regra, impõe-se que conste dos contratos de garantia autónoma o nome do banco/garante e do credor/beneficiário, bem assim o objecto da garantia, que deve ser expresso de forma clara, de modo a evitar que cubra um contrato diferente do ensejado. Por sua vez, como nem podia deixar de ser, o valor garantido também deve ser expresso de maneira concisa. Além do mais, é comum incluírem-se cláusulas a determinar o lugar do cumprimento da garantia e, quando se pretenda que esta seja executada mediante simples interpelação ao banco, acresce-se a cláusula de “à primeira solicitação”.

De outra parte, vale registar ser fundamental que se abstraia de inserir no texto da garantia questões que a esta não lhe dizem respeito, pois a sua interpretação deve ser feita sem necessidade de recurso a qualquer outro documento, como por exemplo o contrato-base.

Entretanto, o AUOG da OHADA demonstra notada clareza ao determinar que a garantia autónoma não se presume. Por isso mesmo, deve constar sempre de documento escrito, no qual se deve indicar, sob pena de nulidade, a denominação da garantia ou da contra-garantia, o nome do ordenador, o nome do garante ou do contra-garante, o nome do beneficiário, o valor máximo da garantia ou da contra-garantia, o seu termo ou os factos que provocam a sua extinção, a impossibilidade de se fazer valer das excepções relativas ao contrato-base, entre outras, como refere o art.º 41 deste diploma.

Cumprindo ainda salientar que, para execução da garantia autónoma no regime da OHADA, é necessário que o beneficiário dirija documento escrito ao garante para efectuar o pagamento. Em princípio este cumpre a primeira solicitação, salvo se, o contrato de garantia exigir a junção de documentos, situação em que o garante só realiza o mencionado pagamento após análise dos documentos (art.º 45º).

Porém, o garante dispõe apenas de cinco dias após a interpelação para examinar o pedido de pagamento e informar ao beneficiário das irregularidades detectadas (art.º 46º).

8. Distinção de figuras afins

I – Uma vez que a fiança é objecto do nosso estudo, torna-se indispensável estabelecer as diferenças entre estas garantias pessoais, visto que não são poucas as vezes que se confundem, onde inclusivamente já foram abordadas como se do mesmo instituto se tratassem. Todavia, superado este equívoco, hoje são expostas como figuras distintas e independentes, cujo traço essencial de diferenciação se prende nas suas características, designadamente, acessoriedade e autonomia.

No entanto, como já referimos, o CC estabelece de forma expressa o carácter acessório da garantia fidejussória. Com base nesta realidade, o contrato acessório liga-se ao primário e é precisamente constituído para garantir o adimplemento da obrigação principal. Com efeito, de maneira geral a acessoriedade da fiança significa que a obrigação do fiador se molda à obrigação principal, isto é, fica submetida a esta quanto à forma, conteúdo, âmbito de vinculação e extinção. Sem esquecer, entretanto, que esta característica possibilita que o fiador possa beneficiar dos meios de defesa próprios do devedor resultantes da obrigação principal, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do garante.

Nesta acepção, a fiança e a garantia autónoma só se aproximam por ambas serem garantias pessoais e assegurarem o cumprimento correcto e em tempo da obrigação do devedor. Mas, em contrapartida, a fiança assume uma responsabilidade por uma dívida alheia, isto é, compromete-se a cumprir exactamente a mesma prestação a que o afiançado está obrigado; ao passo que o garante autónomo assegura a verificação de um determinado resultado, totalmente independente da obrigação assumida pelo devedor no contrato base. Isto significa que o objecto da garantia autónoma é distinto daquele descrito na relação base, o que a torna autónoma em relação ao referido contrato-base.

Porém, outra das formas de manifestação da autonomia e independência da garantia autónoma, constitui o facto de, ao contrário da fiança, o garante não poder invocar quaisquer meios de defesa provenientes de relações jurídicas diferentes das assumidas por este com o beneficiário, isto é, as que emergem da relação de cobertura e de atribuição¹¹²⁶. A ser assim, os meios de defesa do garante autónomo são os que

¹¹²⁶ Veja-se neste sentido Ac. da RP de 8 de Maio de 2006, Relator Manuel Capelo; Ac. do STJ de 19 de Maio de 2010, Relator Azevedo Ramos, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 17 de Agosto de 2016.

constam do texto da garantia e somente em situações extremas na qual se firmam os princípios cogentes do Direito, tal como já vimos, é permitido ao garante invocar outros meios de defesa.

Sob esta configuração, pode-se afirmar que não existe relação de dependência entre o contrato-base e o contrato de garantia, ao contrário do que ocorre na fiança; pois a garantia não se molda a obrigação que emerge do contrato-base, isto é, não fica submetida a esta quanto à forma, conteúdo, âmbito de vinculação e extinção. Tanto assim é, que o direito de reembolso que o garante tem relativamente ao devedor, após execução da garantia, deriva do contrato de mandato celebrado com o devedor e não por sub-rogação nos direitos do credor do contrato-base. Efectivamente, o garante quando efectua a prestação a que se vinculou, não passa a exercer os direitos que cabiam ao credor em relação ao devedor, mesmo existindo nela todas as suas garantias e acessórios; ou seja, verifica-se o oposto do que ocorre na fiança. Por essa razão é que muitas vezes os bancos para aceitarem constituir garantias autónomas, de modo a assegurar o reembolso da quantia paga, exigem que o devedor preste garantias.

Em suma, o garante autónomo paga uma dívida própria resultante de um contrato de mandato, que visa essencialmente reparar um dano causado ao beneficiário.

Visto isso, assinalaremos em seguida a parede que separa a garantia autónoma à primeira solicitação da fiança com cláusula à primeira solicitação.

II – Para tanto, deve-se antecipar, as linhas que separam a garantia autónoma “*on first demand*” da fiança “à primeira solicitação” são muito ténues. Além de isso, vulgarmente a cláusula “à primeira solicitação” é de imediato associada a garantia autónoma. Isso reporta Ferrer Correia, ao afirmar que as situações de dúvida se estamos perante uma garantia autónoma ou uma fiança, desaparecem em favor da primeira, no caso de o banco se comprometer pagar à primeira solicitação do beneficiário¹¹²⁷.

Por essa razão, Mónica Jardim, ao citar Portale, escreve “ [...] *a utilidade interpretativa desta cláusula torna-se duvidosa, a partir do momento em que uma forte corrente jurisprudencial alemã admitiu a inclusão da cláusula “auf erstes anfordern” (à primeira solicitação) numa fiança [...] essa cláusula não deve permitir excluir a existência de uma fiança [...] sobretudo quando do texto do contrato se deduz*

¹¹²⁷ Veja-se, Ferrer Correia, Notas para o estudo do contrato de garantia, ob. cit., p. 282; Ac. do STJ de 27 de Janeiro de 1993, Ac. do STJ de 28 de Setembro de 2006; Ac. do STJ de 25 de 11 de 2014, disponível em www.dgsi.pt, visualizado em 01 de Janeiro de 2018.

claramente que o promitente queria prestar uma fiança e não uma garantia autónoma”¹¹²⁸.

Por conseguinte, esta cláusula deixou de ser o critério diferenciador entre estas duas garantias, vindo a doutrina e jurisprudência de várias ordens jurídicas, incluindo a portuguesa, a admitirem a possibilidade de constituição da fiança à primeira solicitação. No entanto, como diz ensina Januário Gomes, tal revela-se uma tarefa árdua “já que se trata de “casar” uma garantia que tem como nota caracterizadora – como nota de identidade – o facto do prestador de garantia poder invocar, sem peias, as excepções derivadas da relação subjacente, com uma cláusula que, pelo menos numa primeira fase, paralisa essa invocação”¹¹²⁹.

Porém, dentro desse sentido, questiona-se como fazer a distinção entre ambos os institutos quando eles estão dotados da cláusula à primeira solicitação. Será que ao inserir esta cláusula estaríamos a excluir a acessoriedade da fiança e assim o fiador, tal como o garante autónomo, não podem opor as excepções derivadas do contrato-base.

Responde, talvez de forma incompleta a essa questão Fátima Gomes ao afirmar: “a cláusula em causa teria, então, uma simples função de solve et repete, sem prejuízo de constituir um índice de autonomia do contrato de garantia”¹¹³⁰. Mas, é Mónica Jardim que de forma mais concisa declara: “uma vez que, através desta fiança, o garante apenas se obriga ao pagamento sob a reserva de verificação posterior da existência de quaisquer objecções decorrentes da relação subjacente, podendo por isso, naturalmente, depois de verificar a existência de qualquer objecção, com base nela, intentar uma acção de repetição do indevido contra o credor da fiança”¹¹³¹. Por seu turno, Januário Costa Gomes considera a fiança com cláusula *on first demand* como uma garantia intermédia entre a fiança e a garantia autónoma à primeira solicitação. Acresce brilhantemente este autor que “a partir do momento em que se verifiquem os pressupostos para o pagamento ao primeiro pedido, funciona o regime da garantia

¹¹²⁸ Veja-se, Mónica Jardim, A garantia autónoma, ob. cit., p. 186

¹¹²⁹ Veja-se, Manuel Januário da Costa Gomes, Estudo de Direito das Garantias, A chamada “fiança ao primeiro pedido”, vol. I, ob. cit., p. 144.

¹¹³⁰ Veja-se, Fátima Gomes, Garantia bancária autónoma à primeira solicitação, in DJ VIII, t. 2, 1994, p. 170 e ss..

¹¹³¹ Veja-se, Mónica Jardim, A Garantia Autónoma, ob. cit., p. 199, nota 315.

*autónoma; a partir daí é recuperado, na medida do recuperável, o regime da fiança, sendo, então actuável, ex post*¹¹³².

Quer-se com isso transmitir, que até a solicitação para pagamento ao fiador, a fiança com cláusula *on first demand* funciona como uma garantia autónoma automática, pelo que o garante é obrigado a pagar ao beneficiário logo ao primeiro pedido, podendo, tal como acontece na garantia bancária autónoma, invocar somente os meios de defesa que resultem do texto da garantia, salvo se houver violação dos princípios cogentes do Direito.

De facto, é como se a característica da acessoriedade ficasse paralisada no tempo e os meios de defesa do fiador, que não sejam os próprios da garantia, fossem transferidos para um momento posterior ao pagamento. Por outras palavras, é como se o fiador renunciasse, até a solicitação para pagamento, dos seus direitos de defesa emergentes do contrato principal. Aqui parece seguir-se o velho brocardo: paga primeiro reclama depois. Já na garantia autónoma, em nenhum momento o garante pode utilizar os meios de defesa resultantes de relações jurídicas distintas da estabelecida entre este e o beneficiário.

Num outro passo, posteriormente, a adormecida acessoriedade desperta e, na eventualidade do credor ter solicitado indevidamente o pagamento da fiança, o fiador tem a possibilidade de exigir o seu direito de regresso contra o beneficiário da garantia/credor e contra o devedor. Pelo que este, tal como ocorre na fiança, sem a mencionada cláusula fica sub-rogado nos direitos do credor/beneficiário contra o devedor, ao contrário do garante autónomo que tem um simples direito de reembolso¹¹³³. Assim, o direito de o fiador agir sub-rogado nos direitos do credor contra o devedor ou contra o credor com base no contrato de fiança à primeira solicitação, é resolvido pelo concurso de pretensões alternativas¹¹³⁴.

Analizados os aspectos teóricos, vejamos em seguida como ocorre na prática a distinção entre as duas figuras, através do Ac. da RL de 8 de Julho de 2008¹¹³⁵.

¹¹³² Veja-se, Manuel Januário da Costa Gomes, Estudo de Direito das Garantias, A chamada “fiança ao primeiro pedido”, vol. I, ob. cit., p. 162.

¹¹³³ Veja-se neste sentido Galvão Telles, Direito das Obrigações, vol. I⁷, ob. cit., p. 286.

¹¹³⁴ Cfr. Januário Gomes, Estudos de Direito das Garantias, A chamada “fiança ao primeiro pedido”, vol. I, pp. 166-167.

¹¹³⁵ Cfr. Ac. da RL de 8 de Julho de 2008, proc. n.º 3540/2008-1, disponível em Base de dados jurídica BDJUR em www.bdjur.almedina.

No caso concreto, A veio deduzir oposição à execução que lhe foi instaurada por B, alegando que a garantia que servia de título executivo não se tratava de uma garantia autónoma à primeira solicitação, mas antes tinha a natureza de um contrato de fiança; por isso, não constituía título executivo.

A final veio o tribunal *a quo* decidir que se estava diante de uma garantia autónoma automática e julgou improcedente a oposição. Inconformado, A apelou e concluiu, em síntese, ter havido erro de julgamento.

Nestes termos, a RL declarou que a única questão a resolver devia ser a da qualificação da garantia prestada. Nesta hipótese, considerou como factos relevantes que no documento apresentado como título executivo constava “*A em nome e a pedido de B [...] presta perante C uma garantia bancária no valor de [...] referente ao depósito de garantia destinado a caucionar uma empreitada de construção das instalações na Avenida dos Combatentes da Grande Guerras, Cristelos – Lousada [...] declara A que fica por força desta garantia, da sua inteira responsabilidade, a imediata entrega a C de quaisquer importâncias até ao limite da presente garantia, que se tornem necessárias e lhe sejam solicitadas, se B afiançado, faltando ao cumprimento das suas obrigações, se com elas não entrar em devido tempo [...]*”.

Entendeu, por sua vez, a RL que na falta de qualificação expressa ou de expressões inequívocas no texto da garantia para descortinar se estamos perante uma fiança ou uma garantia autónoma à primeira solicitação ou não, deve realizar-se a interpretação do negócio jurídico e da vontade das partes de acordo as regras estipuladas nos arts. 236º e 238º, ambos do CC. Assim sendo, determinou este tribunal que a garantia prestada era de extrema ambiguidade, na medida em que utilizava expressões que se moldavam tanto a fiança como a garantia autónoma, como “*presta uma garantia bancária*” (comum em ambas as figuras) “*da sua inteira responsabilidade*” (garantia bancária), “*a imediata entrega [...] de quaisquer importâncias [...] que lhe sejam solicitadas*” (garantia bancária); contudo, mais lá para o fim do texto da garantia, disse o tribunal, verifica-se a expressão “*B afiançado*” e uma responsabilidade subsidiária “*se com elas não entrar em devido tempo*”.

No entanto, a RL apontou outra circunstância; no conteúdo da garantia afirmava-se expressamente que ela era “*referente ao depósito de garantia destinado a caucionar uma empreitada de construção das instalações na Avenida dos Combatentes da Grande Guerras, Cristelos – Lousada*”. Por via disso, concluiu este douto tribunal que o regime

das empreitadas de obras públicas é o único que prevê a prestação de caução pelo empreiteiro, e a garantia bancária para prestação dessa caução, constitui por disposição legal uma garantia autónoma à primeira solicitação (nos termos do n.º 5 do art.º 102º do DL 235/86 de 10 de Agosto à vigorar na altura).

Pelo exposto, a RL concluiu tratar-se de garantia autónoma à primeira solicitação e não uma fiança à primeira solicitação.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ALBALADEJO, García, Curso de Derecho Civil, T. V, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- ALBANESE, Antonio - Cessione del contrato, Bologna, Zanichelli, 2008.
- ALBESA, Joaquín Jose Rams - El beneficio de inventario: Una incoherencia del sistema? Veja-se, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. IV, 2002.
- ALEXANDRE, Isabel – Revista Themis, Edição Especial, Novo Direito da Insolvência, 2005.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Os direitos dos consumidores, Livraria Almedina, Coimbra, 1982.
- ALMEIDA, L. P. Moutinho de Almeida, Espécies de Fiança, *in* ROA, Ano 24, 1964.
- ALVAREZ, Miguel Ángel Pérez - Solidaridad en La Fianza, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985.
- ALVES, Hugo Ramos - Do Penhor, Almedina, 2010.
- AMIGO, Manuel García Amigo - La cesion de contratos en el derecho español, 1964, Madrid.
- ANDRADE, Manuel de - Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1987.
- ANDREOLI, Marcello - La cessione del contrato, Pavoda, Cedan, 1951.
- ANTERO, Adriano - Comentário ao Código Comercial Português, vol. I, Porto, Companhia Portuguesa Editora, 1930.
- ANTUNES, José Engrácia – Os Títulos de Crédito, Coimbra Editora, 2009.
 - Direito dos Contratos Comerciais, reimp., Almedina, 2017.
- ANTUNES, João Tiago Morais - Do Contrato de Deposito *Escrow*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo - *Instituciones de Derecho Romano*, trad. espanhola de José M. Caramés Ferro, ed. Depalma/Buenos Aires, 1986.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – Garantia Bancária Autónoma, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1991.
 - Direito Civil, Reais, 5ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

- Direito civil, Sucessões, 5ª ed., revista, Coimbra editora, 2000.
- Direito Civil, Teoria Geral, vol. III, Relações e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, 2002.
- Teoria Geral, Vol. II, Acções e Factos Jurídicos. 2ª Ed., Coimbra, 2003.
- Direito civil e Direito do consumidor, *in* Themis – RFDUNL, Edição Especial, Código Civil Português (Evolução e Perspectivas Actuais) 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira / Sousa, Teixeira de - Opinião dada *in* Parecer (inédito) para o Processo n.º 1913/08-2 – Apelação de 13 de Abril de 2010 (João Proença), Tribunal da Relação do Porto, 2ª secção.
- ASTUTI, Cessione (storia), *in* Enciclopedia del diritto. t. VI. Milano: Giuffrè
- AYNÈS, Laurent - Principes de Droit civil français, t. XXVIII, 1899.
- AZENCOT, Marcel - Le Payement avec Subrogation dans l'Ancien Droit Français, Paris, 1968.
- BALLESTEROS, Antonio Gullón - Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968.
- BARASSI, Lodovico - La teoria generale delle obbligazioni, v. III, A. Giuffrè, 1963.
- BARBERO, Domenico - Sistema istituzionale del diritto privato italiano, 3ª ed., II, Torino, 1950.
- Sistema del derecho privado, Obligaciones. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, vol. III, 1967.
- BARILLÀ, Giovanni Battista - Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del Tribunale Federale tedesco, *in*: BBTC, ano LXVIII, 2005, fascículo III.
- BARROS, Francisco Carlos Rocha de Barros, Comentários à lei do inquilinato, São Paulo, Saraiva, 1995.
- BASTOS, Miguel Brito - Deveres acessórios de informação. Em especial do credor perante o fiador”, *in* Revista de Direito das Sociedades, ano 5 (2013), 1-2, Director: António Menezes Cordeiro, pp. 181-281.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues - Direito das sucessões, vol. I³, Almedina, 1993.

- BELMONTE, Cláudio Pretini - A redução do negócio jurídico e a protecção dos consumidores, uma perspectiva Luso-Brasileira, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 74, Universidade de Coimbra, Coimbra.
- BENOIT, Galopin - Les rapports de la caution et du débiteur cautionné, DEA droit privé Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sous la direction de Monsieur Heuzé, juin 2002.
- BERDEJO, Jose Luis Lacruz - La causa en los contratos de garantía, RCDI, col. 1, 1981.
- BERDEJO, Jose Luis Lacruz / SANCHO, Rebullida - Elementos de Derecho civil V, Derecho de sucesiones, 5ª ed., Barcelona, 1993.
- BETTI, Emilio Betti – La struttura dell’ obbligazioni romana e il problema della sua genesi, Milão, 1955.
 - Teoria generale delle obbligazioni, vol. III, Fonti e vicende dell' obbligazione, Giuffrè, 1995.
- BEVILÁQUA, Clóvis - Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. V, Rio de Janeiro, Ed. Livraria Francisco Alves, 1919.
 - Volume 5º, Livraria Francisco Alves, Edição de 1957.
- BIONDI, Biondo - Istituzioni di Diritto Romano, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1972.
 - Sponsio e Stipulatio in Labeo, rassegna di diritto romano, Jovene, 35 (1989), 1, Nápoles.
- BISCONTINI, Guido - Fideiussione omnibus, in *Contratti*, 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto - Direitos do consumidor, São Paulo, Forense Universitária, 1991.
- BO - Voz “Fideiussione”, en Nuevo Digesto Italiano, Vol. V, Torino, 1938.
- BONET, F. Ramon - Derecho Civil Común y Foral, t. II, Madrid, 1940.
- BOURJON, François - Le Droit Commun de la France et de la Coutume de Paris reduits en principes, t. II, París, 1770.
- BRECCIA, Umberto - Le obbligazioni, Milano, Giuffrè, 1991.
- BREGOLI, Alberto - Per un’«ammistrazione controllata» della fideiussione omnibus, in: BBTC, ano XLVI, 1983.
- BRUTAU, Puig - Fundamentos de Derecho civil. Tomo I, Vol. II, Barcelona, 1989.

- CABRAL, António da Silva Cabral, Cessão da Posição Contratual, *in* Revista de direito civil, n.º 48.
- CAETANO, Marcelo - Manual de Direito Administrativo, vol. I, reimpr. da 10ª ed. de 2008, Almedina, 2016.
- CALDERALE, Alfredo – La trasmissibilità agli eredi del fideiussore dei debiti contratti dal debitore principale dopo la morte del fideiussore nell'ordinamento francese, quebechese e italiano, IV, Rivista: Il foro italiano, 1985.
 - La Cassazione e la fideiussione «omnibus»: tutto quello che avreste voluto sapere sulla fideiussione «omnibus» e non avete mai osato chiedere, in: Qdr., n. III, 1989.
 - Fideiussione e contratto autonomo di garanzia, Editore: Cacucci, 1989.
 - Autonomia Contrattuale e Garanzie Personali, Caducci Editore, Bari, 1999.
- CAMPOBASSO, Gian Franco - Regresso, in Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXVI, 1989.
- CAMPOGRANDE, Valerio - Trattato della Fideiussione nel Diritto Odierno, Torino, Fratelli Bocca, Editori, 1902.
- CAMPOS, Diogo Leite de / CAMPOS, Mónica Martinez de - Lições de Direito das Sucessões, Almedina, 2017.
- CAMPOS, J. A. Segurado - Instituições De Direito Privado Romano, GAIO, Calouste Gulbenkian, Serviço De Educação E Bolsas, 2010.
- CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres - Da Hipoteca. Caracterização, Constituição e Efeitos, Coimbra, Almedina, 2003.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de - La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía “excesiva”. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. II, 2002.
- CARRESI, Franco - La cessione del contratto, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950.
- CARVALHO, Américo da Silva - Extinção da Fiança, Lisboa, 1959.
- CENDON, Paolo - *Commentario al Codice Civile – artt. 2740-2906*, Milão: Giuffrè, 2009.
- CICALA, Raffaele - Il negozio di cessione del contratto, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962.
- CHABAS, Francois / MAZEAUD, Jean - Leçons de Droit civil, t. III, vol. I, 12 édition, Montchrestien.

- CHAPARRO, Enrique J. Ramos - La Garantia Real Inmobiliaria. Manual Sistemático de La Hipoteca.
- COELHO, José Gabriel Pinto - Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, II, 1910.
 - Das letras, I (Apontamentos coligados por João António de Oliveira Reborêdo), Livraria Portugália, Lisboa, 1939.
 - Lições de Direito Comercial, As Letras, vol. II, Fascículo V, Lisboa, 1965.
- COELHO, Francisco M. Pereira - Direito das Sucessões, 4ª ed., Coimbra, 1992.
- Colectânea de Jurisprudência, Ano XVII, 1992 – 3º.
- COLIN, Ambrosio / CAPITANT, Henry - Curso elemental de Derecho civil: Teoria general de las obligaciones. Trad. Demofilo de Buen. Madrid: Instituto Editorial Reus, T. III, 1987.
- CORDEIRO, António Menezes – Direitos Reais, Lisboa, Lex, reprint, 1979.
 - Obrigações, 1º e 2º, Lisboa, AAFDL, 1990.
 - Da alteração das circunstâncias, “A concretização do artigo 437º do Código Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974”, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987.
 - Da reforma do Direito civil Português”, in O Direito, Anos 134º - 135º, 2002/2003
 - Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações Tomo IV, Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias, Almedina, 2010.
 - Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Garantias, Tomo X, Almedina, 2015.
 - Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, Cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção, 2ª ed. totalmente revista, Almedina, 2016.
- CORREIA, Ferrer - Lições de Direito Comercial, vol. III, Letra de Câmbio, com colaboração de M. Paulo Sendim, J. M. Sampaio Caeiro, M. Ângela António Coelho, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975.
 - Notas para o estudo do contrato de garantia bancária, RDE VIII (1982).
- CORSI - La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civil con i principi del diritto romano, con la doctrina e la giurisprudenza, 3ª Ed., Catania, 1891.

- CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona - Curso de Direito das sucessões, Quid Juris, 2012.
- CORTEZ, Francisco - Garantia Bancária Autónoma - Alguns problemas, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, vol. II, Julho 1992.
- COSSÍO, Alfonso de - Instituciones de Derecho Civil, t. I, Parte Geral. Derecho de Obligaciones, Madrid, 1977.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – Noções Fundamentais de Direito Civil, 4.^a Edição, Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2001.
 - Direito das Obrigações, 12^a Edição, Revista e Actualizada, Almedina, 2009.
- COSTA, Almeida / MONTEIRO, Pinto - Garantias Bancárias: o contrato de garantia à primeira solicitação, *in* CJ, ano XI, Tomo V, 1986.
- COSTA, Ricardo Costa, Comentário ao Ac. do Supremo Tribunal Justiça n.º 4/2013 – Uniformização de Jurisprudência- Livrança em Branco- Denúncia do Aval, Fórum Jurídico IAB/Almedina, Março de 2013.
- COSTA, Salvador da - O Concurso de Credores, 4^a Edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira - Dupla venda de um direito de crédito, Separata da Revista "O Direito", ano 132.º (2000), n.º I-II.
 - Cadernos de Direito Privado n.º 14, Abril/Junho de 2006.
- CRUZ, Sebastião - Direito Romano I, Introdução, Fontes, 4^a edição, Coimbra, 1984.
- CUNHA, Carolina - Letras e livranças: Paradigmas actuais e recompreensão de um regime, Coimbra, Almedina, 2012.
 - Cessão de quotas e aval: equívocos de uma uniformização de jurisprudência, Direito das Sociedades em Revista, ano 5, vol. IX, Março de 2013.
 - Manual de Letras e Livranças, Coimbra, Almedina, 2016.
 - Aval em branco e plano de insolvência, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 145, n.º 3997, Março/Abril de 2016.
 - Aval e Insolvência, Almedina, 2017.
- CUNHA, Paulo - Da Garantia Nas Obrigações, (Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo

aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real), Ano Lectivo 1937-1938 e Ano Lectivo 1938-1939, Vol. I e Vol. II.

- Do Direito das Sucessões, I - Noções Fundamentais, II - Sucessão Testamentária, lições publicadas por I.T., FDL, 1939.

- CUNHA, Paulo Olavo - Cheque e convenção de cheque, Almedina, 2009.
- CURA, Alberto Vieira, Fiducia Cum Creditore – Aspectos Gerais, Coimbra, 1988.
- DELGADO, José Augusto - Comentários ao novo Código Civil, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Vol. XXI, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- DEMOGUE, René - Traité des Obligations en Général, Effets des Contrats, t. VIII, 1922.
- DIAS, Cristina M. Araújo - Lições de Direito das sucessões, 5ª ed., Almedina, 2016.
- DIAS, José Gonsalves - Da Letra e da livrança segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial, Da Letra e da livrança segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial, Coimbra, Livraria Gonçalves, 1941.
- DINIZ, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, vol. 3, 24.º ed. Revista e Actualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.
 - Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. V, 7ª ed., Saraiva, 2013.
 - Código Civil Anotado, 18ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017.
- DOLMETTA, Aldo Angelo - La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, in: BBTC, ano LV, 1992.
- DOMAT, Jean - Les Lois civiles dans leur ordre naturel, t. I, París, 1777.
- D'ORS, Alvaro - Derecho Privado Romano, Pamplona, 1991.
- DUARTE, Rui Pinto - Curso de Direitos Reais, Lisboa, Principia.
- DURATON, Duranton, Corso di diritto civile secondo il codice francese, t. IX – X, Napoli, 1855.
- ECHEVARRÍA, Jesus Delgado - La fianza en «Elementos de Derecho civil», t. II, Derecho de obligaciones, vol. III, Contratos y cuasicontratos, de Lacruz Berdejo, 2ª ed., Barcelona, 1986.
- ENNECCERUS, Ludwig - Tratado de derecho civil, t. II, vol. II, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer, 35ª ed., Barcelona, Bosch, 1935.

- ENNECCERUS, Ludwig / LEHMANN, Heinrich - Derecho de Obligaciones, Doctrina Especial, vol. II, Editorial Bosch, 1966, traduzido por Blas Pérez González, José Alguer.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário - Manual de Direito da Insolvência, Almedina, Outubro de 2009.
- ESCOBAR, Jesús Camy - *Principios Fundamentales de la Hipoteca*, em Revista de Direito Registral, Ano XVI, 1º e 2º Trimestres de 1995, nº (s) 6-7.
- FARIA, Jorge Ribeiro - Direito das Obrigações, vol. II, Almedina 1990.
- FARO, Frederico - Fiança omnibus no âmbito bancário. Validade e exercício da garantia à luz do princípio do boa fé, Coimbra Editora, 2009.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho - A teoria da imprevisão no direito civil português, Lisboa, 1963.
 - A Conversão Dos Negócios Jurídicos Cíveis, Lisboa, 1993.
 - Teoria Geral do Direito Civil, I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 5ª Edição Actualizada, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009.
 - Lições de Direitos Reais, 6ª Edição (actualizada e revista), Quid Juris, Sociedade Editora, 2009.
 - Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, 5ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho e LABAREDA, João - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, *Qui Juris*, 2005.
 - Lições de Direito das sucessões, 4ª ed., revista e actualizada, Lisboa, 2012.
- FERNÁNDEZ, Gutiérrez - Códigos o Estudios Fundamentales Sobre Derecho Civil Español, Tomo V, Reimpresión de la 1ª ed., Madrid, 1998.
- FERREIRA, José Dias - Código Civil Anotado, Vol. II, Lisboa: Imprensa Nacional, 1870-1876.
- FERRIOL, Puig - Régimen jurídico de la solidaridad de deudores, Vol. II, Madrid, 1976.
- FILOMENO, José Geraldo Brito - Manual de direitos do consumidor, 6ª ed., São PAULO, Atlas, 2003

- FINEZ, J. M. Ratón - La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (Estudio del art. 1852 del Código civil), Revista crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 614, 1993.
- FIUZA, Ricardo - Código Civil Comentado, coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva, 9ª ed., editora Saraiva, 2013.
- FOSCHINI, Marcello - Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura, in RDCom, ano LV, 1957.
- FRADA, Carneira da - “Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs Contratos de Gestão de Carteiras”, in ROA, Ano 69 (2009), III/IV.
- FRAGA, Affonso - Direitos Reais de Garantia, Penhor, Antichrese e Hypotheca, São Paulo, Livraria Académica, 1933.
- FRAGALI, Michele - Della fideiussiones, Comentario del Codice Civile, Libro Cuarto, Delle Obligazioni, art.º 1936-1959, Bologna-Roma, 1968.
 - Fideiussione e Mandato di Credito, Commentario del Codice Civile, Bologna-Roma, 1968.
 - Garanzia e Diritto Di Garanzia in ED, Tomo XVIII, Milão, Guiffre Editore, 1969.
 - La Fideiussione generale, in: BBTC, ano XXXIV, 1989.
- FRANCO, António Sousa - Noções de Direito da Economia, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996.
- FREITAS, Teixeira de - Consolidação das Leis Civis, Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- FREZZA, Paolo - La garanzie delle obbligazioni, Cedam, 1962.
- FURTADO, Jorge Henrique da Cruz - Manual do Arrendamento Urbano, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2001.
- GAMA, Affonso Dionysio Gama - Da Fiança Civil e Comercial, Editora Saraiva de 1922.
- GARRIDO, Tomás Rubio - Fianza Solidária, Solidaridad de Deudores y Cofianza, en el Codigo Civil y Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Granada, Editorial Comares, 2002.
- GIL, António Hernández - Derecho de Obligaciones, t. I, Madrid, 1960.
- GIORGI, Jorge - Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, vol. VI, Madrid, Hijos de Reus, 1911.

- GIOVAGNOLI, Roberto / FRATINI, Marco - Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali, Giuffrè Editore, 2010.
- GODINHO, José Magalhães - Palavras Introdutórias do Presidente da Associação para o PdD”, *in* PdD, Ano II, n.º 2, 1984.
- GOMES, Fátima - Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação, Direito e Justiça, vol. VIII, T. II, 1994.
- GOMES, Júlio Vieira - Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. I – Direito Privado e Vária, Coimbra, 2002.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas - Da assunção de dívida e a sua estrutura negocial, 2ª ed., Liber Juris RJ, 1998.
- GOMES, Manuel Januário da Costa - Em tema de revogação do mandato civil, Coimbra, 1989.
 - Sobre a articulação de arrendimento do adquirente de direito real de habitação periódica e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo, veja-se, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 3, Julho de 1995.
 - Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito de Vinculação como Fiador, Coimbra, Almedina, 2000.
 - A Estrutura Negocial da Fiança e a Jurisprudência Recente, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Lex, vol. I, s/d.
 - A Chamada “ Fiança ao Primeiro Pedido”; veja-se, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003.
 - O Regime da Fiança no Acto Uniforme sobre Garantias da Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios; Alguns Aspectos, Separata, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Bissau, 2004.
 - Estudos De Direito das Garantias, vol. I, Almedina, 2004.
 - Estudos De Direito Das Garantias, Vol. II, Almedina, 2010.
 - Contratos Comerciais, Almedina, 2012.

- O (in) sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving*, Cadernos de Direito Privado, n.º 43, Julho/ Setembro 2013.
- Temas de Direito Bancário II, Cadernos O Direito 9, 2014.
- GOMES, Orlando - Introdução ao Direito Civil, 6ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, Forense, 1979.
 - Contratos, Actualizado por António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Creszenso Marino, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
 - Obrigações, 17ª edição revista, actualizada e aumentada, Rio de Janeiro, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto - Direito civil brasileiro, vol. II⁸, Teoria geral das obrigações, São Paulo, Saraiva, 2011.
 - Direito civil brasileiro. Contratos e actos unilaterais, vol. III⁹, ed. Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Luís da Cunha – Tratado de Direito Civil: Em Comentário ao Código Civil Português, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. IV, V, X, XIV, 1929-1945.
- GOUVEIA, Alfredo Rocha de Gouveia (Do instituto da superveniência ou teoria da imprevisão nos contratos civis, 1958, RFDUL 5.
- GOUVEIA, Jaime - Da Responsabilidade contratual, Lisboa, 1932.
- GOYENA Garcia - Corcordâncias Motivos y Comentarios Del Código Civil español, t. IV, Barcelona, 1973.
- GRAZIANI, Alessandro Graziani, La cessione di crediti, em RDComm 29, vol. I, 1931.
- GRINOVER, Ada Pellegrini - Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado, 5ª ed., Revista, Actualizada e Ampliada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998.
- GUILLOUARD, Louis - Guillouard, Traité du cautionnement et des transactions, París, 1894.
- HEDEMANN, J. W. – Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, vol. II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
- HEREDIA, Carmen López Beltrán de - Derecho de sucesiones, Coordinado por Vicente Montés Penadés, Francisco Capilla Roncero, Ángel López, Valencia, 1992.

- IGLESIAS, Alvaro Núñez - Comentario al artículo 1084 del Código civil, Código civil comentado, vol. II, Civitas, Pamplona, 2011.
- IGLESIAS, Juan Redondo - - Instituciones di Derecho Romano, vol. II, Barcelona, 1951.
 - La “Pollicitatio” em Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1994.
- JARDIM, Mónica - A Garantia Autónoma, Almedina, Coimbra, 2002.
- JHERING, Rudolf Von Jhering, O espírito do Direito romano: nas diversas fases do seu desenvolvimento, tradução de Rafael Benaion, Rio de Janeiro, Alba, vol. IV, 1943.
- JORGE, Fernando Pessoa - Lições de Direito das Obrigações, 1, 1966/67.
- JOSSERAND, Louis - Le contrat dirigé. Recueil Hebdomadaire, n. 32, Chronique, 1933.
 - Derecho civil, teoría general de las obligaciones, t. II, vol. I, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Boschi y Cia Editores, 1950.
 - Derecho civil, teoría general de las obligaciones, t. II, vol. II, trad. trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch, 1951.
- JÚNIOR, Cretella Júnior, Direito Romano Moderno, Forense, 2003.
- JÚNIOR, Hamid Charaf Bdine - Cessão da posição contratual, Col. Prof. Agostinho Alvim, São Paulo, Saraiva, 2008.
- JÚNIOR, Nelson Nery - Código brasileiro de defesa do consumidor, 6ª ed. revista, actualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999.
- JUSTO, António dos Santos - Direito Privado Romano – III (Direitos Reais), *Studia Iuridica*, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
 - Direitos Reais, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
 - Direito Privado Romano, vol. II, (Direito das Obrigações) 5ª ed., Coimbra Editora, 2017.
- KANE, Amadou - Le droit et la pratique des garanties bancaires au regard de l’Acte uniforme portant Organisation des sûretés de l’OHADA, em Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Bissau, 2004.

- KARAM, Munir - A transmissão das obrigações, cessão de crédito e assunção de dívida, *in* Domingos Franciulli Neto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho (coords.). O novo Código Civil, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, São Paulo, 2003.
- KASER, Max - Direito Privado Romano, Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, 1999.
- KLAUSNER, Eduardo António - Direitos do consumidor no Mercosul e na união europeia, acesso e efectividade, Curitiba, Juruá Editora, 2006.
- LACANTINERIE, Baudry / Wahl - *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 2. ed., vol. 21º, n.º 909.
- LALAGUNA, Enrique Domínguez – *Los sujetos del pago*, BIMJ, Madrid, 1985.
 - Voz Pago, “Nueva Enciclopedia Jurídica”, t. XVIII, Barcelona, 1986.
- LAPEYRE, Henri - Deux livres sur les changes. *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, 10e année, nº 2, 1955.
- LAURENT, François - *Principii Di Diritto Civile*, 2ª edição, Vol. XXVIII, Milano.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - Direito das Obrigações, vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 6ª Edição, Almedina.
 - Estudos do instituto de Direito do consumo: Autonomização e configuração dogmática, EIDC, vol. I, Almedina, 2002.
 - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, 3ª Edição, Almedina, Junho de 2006.
 - Garantias das Obrigações, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.
 - Direito da Insolvência, Almedina, 2009.
 - Direito das Obrigações, Vol. II, 8ª Edição, 2011.
 - Direitos Reais, 3ª Edição, Almedina, 2012.
 - Cessão de Créditos, (reimpressão da edição de 2005), 2016.
 - Direito das Obrigações, Transmissão e extinção das obrigações, não cumprimento e garantias do crédito, vol. II¹¹, 2017.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes - Código Civil Anotado, Vol. I, 4ª Edição Revista e Actualizada, Reimpressão, 2010.
 - Código Civil Anotado, II, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

- LISBOA, Roberto Senise – Manual de Direito Civil, Contratos e Declarações Unilaterais, Teoria Geral e Espécies, vol. III, São Paulo: ed. RT.
- LIZ, Jorge Pegado - Introdução do Direito e à Política do consumo, Notícias Editorial, 1999.
- LOBATO, Cordero – Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, núm. 40, 1996.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto - Teoria geral das obrigações, São Paulo, Saraiva, 2005.
- LOPES, Humberto - Da Extinção da Fiança, *in* J. Foro, ano 24, 1964.
- LOPES, Ricardo - Ricardo Lopes, A imprevisão nas relações contratuais, *Scientia Juridica*, vol. I, 1951.
- LOPEZ, Maria Jose Reyes - Fianza y Nuevas Modalidades de Garantia: analisis critico de sus elementos y efectos, comentários y jurisprudência, Valencia, Editorial General Derecho, s/d.
- LOTUFO, Renan Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Ed. Atlas, 2011, com coordenação de Giovanni Ettore Nanni.
- MACEDO, Pedro de Sousa - Manual de Direito das Falências, vol. I, Almedina, 1964.
- MACHADO, Baptista - Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento, *in* “João Baptista Machado. Obra dispersa”, I, *Scientia Iuridica*, Braga, 1991.
 - Do princípio da liberdade contratual, Anotação ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 7-12-83, RLJ, Ano 120º.
- MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos - Conceito, Características e Constituição da Fiança no Acto Uniforme da OHADA Relativo à Organização das Garantias, *in* Estudos sobre a OHADA, Bissau, 2008.
 - A acessoriedade nas garantias das obrigações, Tese de Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2009.
- MAIA, Reis - Direito Geral das Obrigações, 1926.
- MAGALHÃES, António José de Sousa – Alguns Aspectos da Acção Subrogatória, *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 7º, 1947, n.º (s) 3 e 4.
 - Da Acção Subrogatória, 1955.
- MAGALHÃES, Barbosa de - A teoria da imprevisão e o conteúdo clássico da força maior, *Gazeta da Relação de Lisboa*, 37, 1923.

- MALAURIE, Philippe Malaurie / AYNÈS, Laurent - Les sûretés, La publicité foncière, 4^a ed., Paris, 2009.
- MANCUSO, Salvatore - Direito Comercial Africano (OHADA), Almedina, 2012.
- MARASINGHE, I. M. L. - An historical introduction to the doctrine of the subrogation: the early history of the doctrine”, Valparaiso University Law Review 10 (1975).
- MARQUES, Cláudia Lima - Contratos no Código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais, 5^a Edição revista, actualizada e ampliada, Editora Revistas dos Tribunais, 2005.
 - Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5^a ed. revista, actualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- MARQUES, Paulo - in *Res Fiscalis*, Os Direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II, Garantias Reais das Obrigações, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.
- MARTINS - Alexandre de Soveral - Cessão de quotas. Alguns problemas, Coimbra, Almedina, 2016.
- MARTINS, Júlio - Gazeta da Relação de Lisboa, ano 30.
- MARTINEZ, Romano - Da Cessão do Contrato, 2^a Edição, Coimbra, Almedina, 2006.
 - O Subcontrato, Almedina, Coimbra (reimpressão da edição de 1989), 2006.
- MARTINEZ, Romano e Pontes, Fuzeta - Garantias de Cumprimento, 5^a Edição, Almedina, Coimbra, 2006.
- MARTOR, Boris - Comparaison de deux sûretés personnelles: le cautionnement et la lettre de garantie, em La semaine juridique, n.º 5, Supplément à La semaine juridique, n.º 44 du octobre 2004.
- MATOS, Albino de - Fiança – Fiança *omnibus* – Validade, in: RN, ano VII, n. XXXI, vol. I, 1988.
- MAZEAUD, Henry / MAZEAUD, Léon / MAZEAUD Jean - Lecciones de derecho civil: Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones. Trad.

- Luis Alacalá Zamora y Castilho. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1978, vol. III, t. II.
- MELO, António Moreira Barbosa de - A Ideia do Contrato no Centro do Universo Jurídico-Político, *in* Estudos de Contratação Pública – I, Obra Colectiva, Coimbra, 2008.
 - MENDES, Evaristo – Jurisprudência Crítica, em Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XXXVI (X da 2ª Série), números 1-2-3, Janeiro-Setembro de 1995.
 - Garantias Bancárias. Natureza, RDES, 1995.
 - Fiança geral, *in*: RDES, ano XXXVII, 1995.
 - Aval e fiança gerais, *in* Direito e Justiça, vol. XIV, t. I, 2000.
 - MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Contratos no Direito Civil Brasileiro, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1957.
 - MESSINEO, Francesco - Derecho civil y comercial, IV, Buenos Aires, 1979.
 - MESQUITA, Andrade - BCNP n.º 21, 1990.
 - MESQUITA, Henrique - Fiança, Colectânea de jurisprudência, ano XI, 1987.
 - MIRAGEM, Bruno - Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; protecção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
 - MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – Tratado de Direito Privado, t. XXIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.
 - Tratado de Direito Privado, Parte Especial, 3ª Edição, Tomo XLIV, 1984.
 - MIRANDA, Maria Bernardete - Os títulos de crédito como documentos representativos de obrigações pecuniárias, 2006.
 - MONCADA, Cabral de - Lições de Direito Civil, 1957.
 - MONTEIRO, António Pinto - Direito Comercial, Contratos de distribuição comercial, 3ª reimp., Almedina, 2009.
 - MONTEIRO, Washington de Barros - Direito das Obrigações, 2ª Parte, vol. V, Edição Saraiva São Paulo, 1965.
 - MOREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos - Direitos Reais, Coimbra, Almedina, 1970.
 - MOREIRA, Barbosa - Assunção de dívida: a primazia do código de processo civil, *in* Revista Forense, n.º 367, 2003.

- MOREIRA, Guilherme - Instituições de Direito Civil Português, I, 1907.
 - Instituições do Direito Civil Português, II, Das Obrigações, Coimbra Editora, 1925, n.º 105.
- MOREIRA, José Carlos Alves - Direito Romano, II⁶, Edição Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- MORENO, María Teresa Álvarez - El desistimiento unilateral en los contratos com condiciones generales, Editorial de Derecho Reunidas, S.A.
- MORENO, Hernandez - El pago de tercero, Barcelona, 1983.
- MUSSONS, Anna Casanovas - La Relación Obligatoria de Fianza, Bosh Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1984.
- NDIAYE, Yankhouba Issac - Coutionnement, OHADA, Sûretés, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- N'DONIGAR, Djimansa - De la solidarité du cautionnement issu du traite OHADA, in Revue juridique tchadienne, s. n. e d.
- N'GORAN, Jean-Jacques Anville - Du cautionnement solidaire dans l'Acte uniforme portant organisation des garantias, in Revue Penant, n.º 857 (1996).
- OLIVEIRA, Elsa Dias de - A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet, contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista, Almedina, 2002.
- PAIVA, Vicente Ferrer Neto - Elementos de direito natural ou de philosophia de direito, 2. ed. correcta e aumentada, Coimbra: Impr. da Universidade, 1850.
- PEÑA, Puig - Tratado de Derecho civil español, t. IV, vol. 2º, 1ª ed., Madrid, 1946.
- PIAZZA, Stefania - La fideiussione illimitada: i problemi posti dal *jus superveniens* e dal recesso del fideiussore, in: BBTC, ano LXII, 2000, fascículo IV.
- PICAZO, Luis Díez - Fundamentos del Derecho civil patrimonial, t. I, Introducción. Teoria del contrato. Las relaciones obligatorias, 2ª ed., Madrid, 1983.
 - Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial vol. II, Las Relaciones Obligatorias, 4ª ed. Madrid, 1993.
- PACHECO, António Faria Carneiro - Da sucessão singular nas dívidas, Coimbra, 1912.

- PATRÍCIO, José Simões - Preliminares sobre a garantia (*on first demand*), ROA 1938.
- PERERA, Ángel Carrasco, LOBATO, Encarna Cordero e LOPEZ, Manuel de Jesus Marín - Tratado de Los Derechos de Garantía, t. I, 3ª ed., Pamplona, 2015.
- PERERA, Ángel Carrasco - Fianza, Accesoriedad y Contrato de Garantía, Madrid, 1992.
 - Comentario a la STS de 29 de Abril de 1992, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 28, 1992.
 - Tratado de los derechos de garantía, T. I³, Pamplona, 2015.
- PERLINGIERI, Pietro - La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali. In Il diritto delle obbligazioni e dei contratti, Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico Attuale, Cedam, 2006.
- PETTI, Giovanni Battista - La fideiussione e le garanzie personali del credito, Pádua, CEDAM, 2000.
- PICAZO, Díez - Fundamentos del derecho civil patrimonial, Editorial Civitas, 1ª Edición, 2012.
- PINHEIRO, Jorge Duarte - "Garantia Bancária Autónoma", in: ROA, Ano 52, vol. II, 1992.
 - Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Direito Bancário/2002, Separata, Almedina.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota - Cessão da posição contratual, reimp. de 1982, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.
 - Teoria Geral do Direito Civil, reimp. da 4ª ed., Coimbra, 2012.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz - Direito das Obrigações em Roma, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 1997.
- POTHIER, Robert Joseph - Tratado das Obrigações, Tomo I, Tradução de J. H. Corrêa Telles, Lisboa, 1849.
 - *Traité Des Obligations*, Barcelona, 1974, nº 443.
- PRIETO, Fernando Pantaléon Prieto, Cesión de créditos, em ADC 41, 1988.
- PROENÇA, Carlos José Carlos Brandão - A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: Um verdadeiro direito de resolução? In Revista da Ordem dos Advogados, vol. I, 2010.

- PROENÇA, José João Gonçalves de - Direito das sucessões, 3ª ed., revista e actualizada, *Quid Juris*, 2011.
- QUIRÓS, Manuel Peña Bernaldo de - El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), Madrid, 1965.
- RAVAZZONI - *Della Fideiussone*, Milano, 1957.
- REBELO, Fernanda Neves - O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- REQUIÃO, Rubens - Curso de Direito Comercial, Saraiva, 1988.
- RESCIGNO, Pietro - Novissimo digesto italiano I/1, coord. Accollo, 1957.
- Revista de Legislação e Jurisprudência, X.
- RIBEIRO, António Sequeira - Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação, Algumas Questões, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - Volume II - Direito Bancário*, Almedina, 2002.
- RICCI, Francesco - Corso teorico-pratico di diritto civile, vol. IX³, UTET, Torino, 1923.
- RÍO, Josefina Alventosa Del - La Fianza: Âmbito de Responsabilidad, Granada, 1988.
- ROBET, Betan - La décharge de la caution par application de l'article 2037, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974.
- ROCHA, M.A. Coelho da - Instituições de Direito Civil Portuguez, Tomo II, 3ª Edição, Imp. da Universidade, Coimbra, 1852.
- RODRIGUES, José Manuel Vieira Conde - A letra em branco, Lisboa, 1989.
- RODRIGUES, Lafayette - Direito das Coisas, 6ª Edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956.
- RODRIGUES, Raúl Carlos de Freitas - O consumidor no direito angolano, Instituto de Cooperação Jurídica, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina.
- RODRIGUES, Sílvia - Direito civil. Parte geral das obrigações, vol. II, 30ª ed. 2007, Saraiva.
- ROPPO, Enzo - O Contrato, Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.

- Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi, in: BBTC, ano L, 1987, parte primeira.
- ROTT, Peter - Consumer guarantees in the future Consume Credit Directive: mandatory ban on consumer protection? *In European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 3, 2005.
- RUBINO, Domenico - *La Responsabilità Patrimoniale*, II Pegno, 2ª Edição, in Trattato Di Diritto Civile Italiano (dirigido por F. Vassalli), Vol. XIV, t.1. Utet, Turim, 1956.
- RUGGIERO, Roberto de - Instituições de direito civil, Direito das obrigações e direito hereditário. Campinas: Bookseller, vol. III, 1999.
- RUIZ, Francisco José Infante - La fianza general, *Revista de derecho patrimonial*, Cizur Menor, n.º 24, 2010.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de - Modalidades Das Obrigações Quanto Aos Sujeitos, In Estudos em honra de Ruy de Albuquerque. - Lisboa. - Vol. I 2006.
- SACCO, Rodolfo - II Contratto, Trattato di Diritto Civile Italiano/F. Vassali, v6,t2. Torino, Torinese, 1975.
 - À la recherche de l'origine de l'obligation, *in Archives de philosophie du droit: L'Obbligation*, Paris- Dalloz, 2000.
 - Trattato di Diritto Civile, IL Contratto, vol. VI³, T. 2, UTET, 2004.
- SÁNCHEZ, Alonso - Derecho concursal y fianza, Poder judicial, n.º 31, Septiembre, 1993.
 - Protección del fiador en vía de regreso, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ, Júlio Vicente Gavidia - El sistema italiano de césion de créditos, em AAVV, Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, II, Barcelona, Bosch, 1993.
- SANGIORGIO, Salvatore - Rapporti di durata e recesso ad nutum, Milão, Giuffrè, 1965.
- SANTONI, Giuseppe - Fideiussione omnibus ed eredi del fideiussore, in Banca BT LVI, 1993.
- SANTORO - PASSARELI - Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Atlântica, 1967.
- SANTOS, Eduardo dos - Direito das sucessões, 2ª ed., AAFDL, Lisboa, 2002.

- SANTOS, Filipe Cassiano dos – Direito Comercial Português, Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, vol. I, Coimbra Editora, 2007.
 - Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação - Anotação ao AUJ do STJ de 11.12.2012, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3980.
- SANTOS, Gildo dos - Fiança, Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SANTOS, Lopes dos - Penhor de Estabelecimento Comercial à Luz do Direito Português, Lisboa, 2002.
- SCAEVOLA, Quintus Mucius - Código Civil, t. XXVII, redactado por Eugenio Vázquez Gundin, Madrid, 1953.
- SCHULZ, Fritz - Derecho romano clásico, tradução de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Ed. Bosch, 1990.
- SEGGALLA, Alessandro Schirrmester - A funcionalização do contrato de fiança: proposta de revalorização do instituto, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.
- SENDIM, Paulo Melero - Letra de câmbio, vol. II, Universidade Católica Portuguesa, Edições Almedina, Coimbra, 1982.
- SENDIM, Paulo Melero / MENDES, Evaristo - Natureza do aval e a questão da necessidade ou não de protesto para accionar o avalista do aceitante, Almedina, Coimbra, 1991.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – Sub-rogação nos direitos do credor”, BMJ 37 (1953).
 - Cessão da Posição Contratual, BMJ 49 (1955).
 - Boletim do Ministério da Justiça 58 (1956).
 - Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias, in BMJ 68 (1957).
 - Fiança e Figuras Análogas, BMJ 71 (1957).
 - Hipoteca, em Boletim do Ministério da Justiça, n.º 62, 1957.
 - Consignação de Rendimentos, Lisboa, 1957, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 65.
 - Responsabilidade Patrimonial, Lisboa, 1958.
 - Assunção de Dívida (Cessão de dívida – sucessão singular na dívida), BMJ 72, 1958.

- Expropriação, BMJ, n.º 72, 1958.
- Delegação, BMJ, n.º 72, Janeiro de 1958.
- Fiança (Algumas Questões) Garantia de Vícios na Venda em Execução, Separata do BMJ 95e 96, Lisboa, 1960.
- Cessão de créditos ou de outros direitos, *in* Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXX.
- Cessão de créditos ou de outros direitos, *in* Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXXI.
- Direito das Obrigações, (Articulado), *in* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 99, Outubro de 1960.
- Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 102º.
- Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 108º
- Anotação ao Ac. do STJ de 6/4/1978 na RLJ 111 (1979).
- Anotação ao Ac. do STJ de 17 de Fevereiro de 1980, *in* RLJ, ano 113.
- SERRA, Catarina - A falência no quadro da tutela jurisdicional do direito de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português, Coimbra Editora, 2009.
- SICCHIERO, Gianluca - L'engineering. La joint venture. I contratti di informatica. I contratti atipici di garanzia. Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale, Torino, 1991.
- SILVA, Caio Mário Pereira da - Instituições de Direito Civil, vol. II, 28º ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.
 - Instituições de Direito Civil, Vol. III, Edição Forense, 20ª, (reimpr. de 1970), 2016.
- SILVA, Calvão da - Estudos de Direito Civil e Processo Civil, Coimbra, Almedina, 1996.
 - Mandato de Crédito e a Carta de Conforto, *in* AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Calvão Telles, Vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 2002.
 - Garantias Acessórias e Garantias Autónomas.
- SILVA, Fernando Vieira Gonçalves da - Curiosidades, Velharias e Miudezas Contabilísticas, Lisboa, 1970.

- SILVA, Manuel Duarte Gomes da - Conceito e Estrutura da Obrigação, Lisboa, 1943.
 - Direito das Sucessões, Lisboa, 1965/66.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da - Lições de Direito das sucessões, Lisboa, 1978.
- SILVEIRA, Luís - A teoria da imprevisão, Lisboa, 1962.
- SIMLER, Philippe – Le cautionnement, París, 1982.
 - Cautionnement, Juris Classeur Civil, 1990.
 - Cautionnement Et Garanties Autonomes, 2ª edição, París, 1999.
- SIMLER, Philippe Simler/ DELEBECQUE, Philippe - Droit civil/Les sûretés/La publicite foncière, 7ª ed., 2016.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de - Lições de Direito das Sucessões, vol. I⁴, Coimbra Editora, 2000.
- SOUTULLO, Carmen Arija - Las Acciones de Liberación y Cobertura en la Fianza, Valencia, 2001.
 - Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza, in: Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, t. II, Madrid, Editorial Civitas, 2003.
 - Extinción de la fianza por aplicación del artículo 1852 del Código Civil. Perspectivas actuales del Derecho de Garantías, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n.º 29, Pamplona, 2013.
 - Transmisión hereditaria de la fianza, Revista de Derecho Civil, vol. III, núm. 1(marzo, 2016).
- STOLFI, Giuseppe - In tema di fideiussione generale, in RDC, ano XVIII, 1972.
- TAVARES, José Tavares - Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, Vol. I, Coimbra Editora, 1922, p. 558.
- TELLES, José Homem Corrêa - Digesto portuguez. Tratado dos direitos e obrigações civis: accommodado as leis e costumes da nação portuguesa, Pernambuco, 1837.
- TELLES, Inocêncio Galvão - Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório, Noções fundamentais, Lisboa, 1944.
 - Dos Contratos em Geral, Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1945-1946, Coimbra Editora, Limitada, 1947.

- Cessão do contrato, RFDUL VI, 1949, pp. 148-169; Dos Contratos em Geral, Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1945-1946, Coimbra Editora, Limitada, 1947.
- Garantia Bancária Autónoma, in ODir 120, 1988.
- Direito das Sucessões. Noções fundamentais, 6ª ed., Coimbra Editora, 1996.
- Sucessões, Parte Geral, Coimbra Editora, 2004.
- Manual dos Contratos em Geral, 4ª Edição, Reimpressão, Wolters Kluwer, Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.
- Direito das obrigações, Coimbra Editora, reimpress. da 7ª ed., 2010.
- TOBEÑAS, Castan - Derecho civil español, común y foral, 15ª ed., Madrid, 1993.
- TRABUCCHI, Cian - Comentario breve al Codice civile, Padova, 1989.
- TRAMONTANO, Luigi - Codice Civile, leggi complementari, annotato con la giurisprudenza, 2007.
- TREBILCOCK, Michael J. / ELLIOT, Steven - The Scope and Limits of Legal Paternalism: Altruism and Coercion in Family Financial Arrangements, in Peter Benson (coords.), The Theory of Contract Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- VARELA, João Antunes – Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, CJ VII, 1982, com colaboração de Henrique Mesquita.
 - Constituição de Hipotecas a Favor de Bancos Prediais – Parecer in CJ, 1991, Tomo III.
 - Das Obrigações em Geral, Vol. II, 7ª Edição, Almedina, 1997.
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de - A cessão de créditos em garantia e insolvência. Em particular a posição do cessionário na insolvência do cedente, Coimbra, 2007.
 - O contrato de franquia, 2ª ed., 2010, Almedina.
 - Direito das Garantias, 2ª ed., Almedina, 2013 (reimp. 2017)
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – Direito Comercial, Títulos de Crédito, AAFDUL, Lisboa, 1988/1989.
 - Pluralidade de avals por um mesmo avalizado e “regresso” do avalista que pagou sobre aqueles que não pagaram. Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Coimbra Editora, vol. III, 2007.

- Teoria Geral do Direito Civil, 6ª Edição, Almedina, 2010.
 - Direito Comercial - Parte geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito", vol. I, (reimp. de 2011), Almedina Coimbra, 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa - Código Civil Interpretado, 3ª ed., ed. Atlas, 2013.
- Direito Civil, Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, vol. II, 16ª ed., 2016, Atlas.
 - Direito Civil, Contratos em Espécie, vol. III, 16ª ed., 2016, Atlas.
- VENTURA, Catarina Sampaio - Os Direitos fundamentais à luz da quarta revisão constitucional, in BFDUC, vol. LXXIV, 1998.
- VIALE, Mirella - Le garanzie bancarie, in: Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia, vol. 18, CEDAM, Pádua, 1994.
- VICENTE, José Ramón García - Derecho de Desistimiento, in Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, Aranzadi, Navarra, 2009.
- VIDAL, Suso - El derecho de regreso entre coavalistas de créditos bancarios: especial consideración del supuesto de pago voluntario al acreedor por parte de uno de ellos, RDM, 1980.
- VOLTERRA, Edoardo - Istituzioni di Diritto Privato Romano, ob. cit., p. 588-591; Fritz Schulz, Derecho romano clásico, tradução de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Ed. Bosch, 1990.
- WALD, Arnoldo - Curso de direito civil brasileiro, Obrigações e contratos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- ZACHARIAE, C. S. - Corso di diritto civiles francese, trad. Italiana por Francesco Fulvio, Napoli, 1868.
- ZAPATERO, Vicente Guilarte - Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XXIII (artigos 1822-1886), 2ª Edição, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.
- ZUCCONI, Cesare Zucconi - "L'origine storica dell'azione subrogatoria", in *Revista Di Diritto Civile*, Ano II – 1910.

Índice

RESUMO	2
ABREVIATURAS	4
CAPÍTULO I.....	6
INTRODUÇÃO.....	6
1.1. Caracterização Geral	6
1.2. Delimitação	8
1.3. Plano de Estudo	9
CAPÍTULO II.....	10
A FIANÇA COMO GARANTIA PESSOAL	10
1. Introdução.....	10
2. Generalidades	13
2.1. As Figuras Romanas	13
3. O Tipo Legal da Fiança	16
3.1. Noção de fiança	16
3.2. Obrigações Futuras	20
3.3. A natureza contratual ou unilateral da fiança	28
3.4. O fiador como devedor	33
3.5. A forma da fiança.....	36
3.6. A natureza onerosa ou gratuita da fiança.....	43
4. Características da Fiança.....	46
4.1. A acessoriedade e a subsidiariedade no Direito romano	47
4.2. Acessoriedade.....	48
4.3. Subsidiariedade.....	65
CAPÍTULO III	68
O DIREITO À LIBERAÇÃO EXTERNA.....	68
1. Desvinculação do fiador face ao credor	68

1.1. O direito a revogação do fiador nas fianças prestadas em contratos de crédito ao consumo.....	68
1.2. Desvinculação do fiador na fiança de crédito futuro.	83
1.4. Desvinculação do fiador na fiança prestada por tempo indeterminado.....	94
1. Possibilidade de liberação por alteração dos sujeitos da operação fidejussória.....	104
1.1. Introdução	104
2. Modificação subjectiva da relação obrigacional.	106
2.1. Introdução ao problema	106
3. Alteração da relação fidejussória pela modificação dos elementos da operação de fiança	109
3.1. Modificação subjectiva da posição do credor	109
4. Modificação subjectiva da posição do devedor.....	134
4.1. Alteração da posição jurídica do devedor por negócios inter vivos	134
4.2. Morte do devedor.....	146
5. A morte do fiador. Transmissibilidade do vínculo de garantia aos herdeiros	150
6. Possibilidade de aplicação da figura da alteração das circunstâncias ao contrato de fiança	167
CAPÍTULO IV	215
DIREITO À LIBERAÇÃO INTERNA.....	215
1. Introdução	215
2. O direito à liberação na fiança prestada gratuita ou onerosamente	242
3. Incumprimento do dever de liberação do fiador.....	245
4. Regime jurídico do direito à liberação	253
A) Alínea a) do art.º 648º	256
B) Alínea b) do art.º 648º	262
C) Alínea c) do art.º 648º	284
D) Alínea d) do art.º 648º	286
E) Alínea e) do art.º 648º	293

4. Quando a Dívida se Torna Exigível Pelo Vencimento do Prazo	302
5. O Direito à Liberação do Subfiador	307
CAPÍTULO V	312
O DIREITO À LIBERAÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE DE SUBROGAÇÃO	312
1. O direito de regresso e a sub-rogação	312
1.1. Origem histórica	312
1.2. Conceito de direito de regresso e sub-rogação	315
2. A relação entre os artigos 648º e 653º do CC	325
3. Liberação do fiador por impossibilidade de sub-rogação	328
4. Liberação automática do fiador por impossibilidade de sub-rogação?	332
5. Liquidação da operação de fiança	334
6. Renúncia do direito à liberação por impossibilidade de sub-rogação	342
CAPÍTULO VI	345
A FIANÇA E A GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA	345
1. Conceito	345
2. Origem histórica	346
3. Estrutura triangular da operação	350
4. Garantia autónoma como negócio jurídico unilateral	351
5. Garantia simples e garantia à primeira solicitação	353
6. Características do contrato de garantia autónoma	356
7. Execução do contrato de garantia	367
8. Distinção de figuras afins	369
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	375